


# Sem
# mode d'emploi

servir le public
• 1 100 entreprises publiques locales en France • 16 000 en Europe

ÉDITION 2009/2010




# Sem
## mode d'emploi

Édité par la Fédération des Entreprises publiques locales

46, rue Notre-Dame des Victoires
75002 Paris
Tél. : 01 53 32 22 00
Fax : 01 53 32 22 22

www.lesepl.fr

# Avertissement

Cet ouvrage a été établi d'après la législation en vigueur au 1er juin 2009.

Ces développements ne tiennent donc pas compte des deux propositions de loi actuellement en cours d'examen devant les assemblées :

- celle tendant à la création des sociétés publiques locales (Spl), sociétés anonymes à capital 100% public pouvant intervenir dans l'ensemble du champ de compétences des collectivités,
- celle tendant à la création des sociétés locales de partenariat (Slp), sociétés anonymes dont les collectivités seraient les actionnaires minoritaires.

Le régime des sociétés publiques locales d'aménagement (Spla), elles aussi à capital 100% public, mais dont le secteur d'activité est limité à l'aménagement, est abordé dans cet ouvrage.

# Table des matières

# Avant-propos

La rédaction de cet ouvrage a été réalisée en collaboration avec le Cabinet Droit Public Consultants :

- Jean-François SESTIER, Professeur agrégé de droit public, Université Jean Moulin Lyon III
- Simone MAJEROWICZ, Maître de conférences, Université Jean Moulin Lyon III
- Anne-Cécile VIVIEN, Chargée d'enseignement, Université Jean Moulin Lyon III
- Laetitia PARISI, Chargée d'enseignement, Université Jean Moulin Lyon III
- Emmanuelle PAILLAT, Chargée d'enseignement, Université Jean Moulin Lyon III

**Avocats Associés**

- Zoé BORY
- Sabrina CONTI
- Céline AMAR
- Cédric VIAL
- Noémie RICHON

**Avocats**

- Karen MANOUKIAN

Nos remerciements vont à la Caisse des dépôts et consignations pour sa contribution à la réédition de cet ouvrage.
Cette nouvelle édition de Sem mode d'emploi a été supervisée par le département juridique de la Fédération des Entreprises publiques locales.

# Introduction

Depuis le 15 avril 2008, la Fédération des Entreprises publiques locales (ex-Fédération des Sem) rassemble les Sociétés d'économie mixte (Sem) et Sociétés publiques locales (Spl) françaises.
Au-delà de leurs spécificités, les Entreprises publiques locales (Epl) sont liées par une communauté de valeurs qui repose sur 6 piliers :

- l'intérêt général comme finalité,
- la pérennité de l'action comme horizon,
- la transparence comme modalité de fonctionnement,
- le contrôle des élus comme garantie,
- le territoire comme champ d'intervention,
- l'esprit d'entreprise comme mode d'action.

## La Sem, un choix stratégique

**La Sem est une société anonyme** dont le capital social associe des collectivités locales majoritaires (communes, départements, régions ou leurs groupements) à des partenaires économiques et financiers, publics ou privés.
**Entreprise des collectivités locales**, la Sem est soumise pour l'essentiel de son fonctionnement aux règles du droit privé (loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales). S'y ajoutent des dispositions dérogatoires (lois du 7 juillet 1983 et du 2 janvier 2002), notamment pour régir les relations entre la Sem et ses actionnaires publics.
**La Sem est dite "locale"** pour la distinguer de la Sem d'État constituée entre l'État et des actionnaires privés dont le capital peut compter des collectivités locales, mais de façon minoritaire.
**La Sem locale ne relève d'aucun courant idéologique.** En témoigne l'unanimité du Parlement sur le vote de la loi de 1983 comme sur celle de modernisation du statut des Sem du 2 janvier 2002. En outre, des élus locaux de toutes tendances ont recours aux Sem et les président.
**L'essor de la Sem depuis 1983**, dans le sillage de la décentralisation, est le fruit du pragmatisme des élus locaux dans le choix des solutions les mieux adaptées au développement de leurs projets.
**Fin 2008, on compte 1 094 Sem en France**, représentant une capitalisation de **2,8** milliards d'euros, un chiffre d'affaires de **10,3** milliards d'euros et **51 034** salariés (en équivalent temps plein).

## La formule Sem : un concentré d'avantages !

### Face à l'entreprise privée : ancrage au territoire et transparence

**La Sem garantit aux collectivités locales la prise en compte effective de l'intérêt général** et des enjeux du territoire dans les objectifs de l'entreprise.
**La Sem s'inscrit dans une logique de performance** qui doit profiter d'abord au territoire, dans une optique à moyen et long terme.
**La Sem réinvestit la valeur ajoutée sur le territoire**, au profit des usagers du service et des acteurs de l'entreprise.
**La Sem assure une maîtrise des coûts**, notamment de structure, en évitant les frais de sièges, les superstructures ou la rémunération d'actionnaires extérieurs.
La Sem représente une réelle alternative face à des entreprises en situation de quasi-monopole.
**Au sein de la Sem, les collectivités - à la fois actionnaires et cocontractantes - exercent un contrôle** sur la gestion de l'entreprise, sur sa situation financière et sur la mise en œuvre des actions. Les principaux actes de la Sem sont également transmis au préfet pour information. La Chambre régionale des comptes exerce un contrôle sur elle, soit directement, soit via les actes de la collectivité.
**La Sem est sujette à tous les contrôles sur les sociétés** et le commissaire aux comptes veille à la sincérité des informations fournies aux actionnaires.

### Par rapport à l'établissement public : réactivité et performance

**La Sem bénéficie d'une émulation** procurée par le marché. Son obligation de résultat et de pérennité la "condamne" à la performance, à l'investissement dans la qualité et dans la satisfaction du client, ainsi qu'à se tourner vers l'avenir.
**La Sem est régie par le droit des sociétés.** Elle tient une comptabilité commerciale et gère les ressources humaines selon les règles du Code du travail .
**La Sem dispose de toute la réactivité d'une entreprise** au service de ses performances.
**La Sem affiche la vérité des coûts**, et notamment des coûts de structure, grâce à la tenue d'une comptabilité commerciale, aux rendus de compte aux actionnaires et à ses donneurs d'ordre.
**La Sem est synonyme de partenariat fort.** En réunissant acteurs locaux publics et privés autour d'objectifs communs, elle traduit l'implication de ces acteurs dans un projet de développement local.

### Par rapport à l'association loi 1901 : une gouvernance efficace

**La Sem procure à la collectivité locale l'assurance d'un contrôle réel** portant à la fois sur les comptes de l'entreprise et sur l'exécution des missions qu'elle lui a confiées.
**L'obligation légale pour la collectivité d'être actionnaire majoritaire de la Sem protège ses intérêts**, garantis par ailleurs par le droit des sociétés.
**Le statut associatif peut montrer ses limites** dans le cas d'activités relevant d'une logique économique et commerciale : dilution des responsabilités et du pouvoir de décision ou encore insuffisance des contrôles internes et externes, dont la conséquence est la difficulté d'apprécier les risques et les flux financiers.
**Un élu administrateur de Sem bénéficie de la protection de la loi** qui impute sa responsabilité civile à la collectivité dont il est le mandataire.

## Une relation privilégiée avec la collectivité

L'objectif de transparence totale voulu par le législateur, en 1983 comme en 2002, a étoffé les contrôles imposés à toute société anonyme : obligations d'information des collectivités et de l'État ou encore contrôles par les Chambres régionales des comptes. De cette relation étroite avec la collectivité, la Sem tire l'un de ses atouts majeurs. Elle lui permet de dialoguer, en amont, avec les élus et les services municipaux avant la mise en œuvre, en aval, des politiques définies par la collectivité. En confiant à une Sem dont elles sont les actionnaires majoritaires une opération d'aménagement ou la gestion d'un service public, les collectivités conservent ainsi la parfaite maîtrise d'action, essentielle dans la conduite de leur politique à moyen et à long terme.

## Une réelle souplesse d'intervention

La Sem peut intervenir pour le compte de ses actionnaires, de tiers ou pour son propre compte. La démarche se fait dans le respect des règles de la gestion et de la comptabilité privée, sous le contrôle d'instances publiques. Une double obligation qui renforce la sécurité de son intervention, tout en lui permettant une capacité de réponse rapide et adaptée. Autre atout : la gestion du personnel, relevant du droit privé, offre souplesse, adaptabilité et professionnalisme.

## Un ancrage territorial

La Sem contribue à rendre attractif son territoire, la valeur ajoutée de son action étant réinvestie localement. Son actionnariat et, plus largement, ses relations constantes avec les acteurs de son environnement en font la cheville ouvrière du partenariat entre les acteurs publics et privés. Une coopération indispensable à la poursuite de toute action de développement local. Cette capacité, liée à son statut, est renforcée par son ancrage dans un territoire dont elle connaît les spécificités, les acteurs et les ressources. L'intérêt général et local prime sur l'intérêt financier. L'action de la Sem sera de fait en adéquation avec la conduite à moyen et à long terme de la stratégie locale.

## Une gestion d'entreprise

Assurer une efficacité économique dans les actions de développement local, telle est la vocation de la Sem. Société anonyme, elle respecte les mêmes règles de gestion que les autres entreprises. Parmi ses objectifs : offrir à ses clients la meilleure qualité de service au meilleur prix tout en dégageant des résultats positifs. Ces bénéfices lui permettent d'assurer son propre développement et de couvrir ses risques. Ils facilitent surtout l'investissement en matière de prospection et de proposition pour le développement du territoire. Comme toute entreprise, la Sem est assujettie à l'impôt sur les sociétés, au régime de la TVA et à la taxe professionnelle. Elle est également soumise à une obligation permanente de rigueur et de performance de sa gestion.

## Une aide à la décision

Depuis 2003, la Fédération des Epl propose un service d'appui aux collectivités afin d'orienter, faciliter et sécuriser les projets de Sem émergents. Premier outil : le diagnostic de faisabilité qui pointe l'opportunité – ou non - de créer une Sem. Une fois le projet validé dans son principe, de nombreuses questions restent à régler : modalités et calendrier de constitution, complémentarité d'objets sociaux, nature du contrat liant la Sem à la ou aux collectivités locales, procédures de dévolution de service public… Sur tous ces points, la Fédération se propose d'accompagner la collectivité locale afin d'alimenter et guider sa réflexion : c'est le deuxième outil. Il s'agit de soutenir la collectivité au cours d'une étape qui requiert rigueur et compétences pluridisciplinaires et de faire le lien avec des prestataires maîtrisant parfaitement toutes les spécialités des Sem.

## Des gages de performance

Une collectivité locale souhaitant créer une Sem doit respecter un certain nombre de règles essentielles, dont le respect commande **la viabilité et la performance de la société.**

- **Règle n°1 : inscrire la Sem dans un projet de développement cohérent et centré sur un territoire.** Elle ne peut pallier une difficulté administrative ou une rigidité juridique ni pour satisfaire un besoin ponctuel. Entreprise à part entière, elle ne peut constituer un simple démembrement de la collectivité locale et doit représenter les intérêts de ses actionnaires publics comme privés.

- **Règle n°2 : pour concrétiser la création d'une Sem, deux conditions préalables doivent être remplies :** l'analyse approfondie des besoins actuels et futurs liés à son cadre d'activité et l'étude des acteurs publics ou privés susceptibles d'intervenir dans son secteur. La viabilité du projet doit être appréciée au regard de la taille de la ou des collectivités actionnaires et du périmètre envisagé de la future société. Si la création de la Sem aboutit à une charge supérieure à la capacité financière des actionnaires publics locaux, ou si les perspectives commerciales liées à l'activité sont insuffisantes, d'autres solutions doivent être étudiées.

- **Règle n°3 : s'assurer, à l'occasion du montage de la Sem, de la compatibilité du niveau du capital avec les objectifs de la société.** Autre recommandation : les résultats prévisionnels doivent permettre à la Sem d'ajuster ses fonds propres à son activité, de couvrir ses risques et de maintenir ses capacités d'investissement.

- **Règle n°4 : réaliser un tour de table des partenaires économiques et financiers susceptibles de partager les objectifs à long terme de la collectivité locale et d'apporter à la Sem leurs compétences professionnelles.** Sans oublier d'identifier clairement l'affectio societatis et les motivations de chaque actionnaire.

- **Règle n°5 : favoriser, dans le cadre du fonctionnement de la Sem, l'implication et l'expression des partenaires de la collectivité locale** et, par là même, profiter de leur capacité d'expertise économique des projets. Plus les partenaires constituent une réelle force de proposition et de contrôle au sein des organes dirigeants de la Sem, plus celle-ci apparaît viable.

● **Règle n°6 : Veiller à une adéquation permanente des moyens techniques, financiers et humains de la Sem,** compte tenu des spécificités de ses secteurs d'intervention et de l'importance des opérations qu'elle conduit. Publics ou privés, les actionnaires doivent fournir à la Sem les moyens financiers nécessaires aux objectifs fixés et définir la juste rémunération liée à sa valeur ajoutée. En retour, la Sem doit attacher une importance prioritaire à la compétence professionnelle de son personnel (recrutement et formation), gage de la qualité de ses interventions.

## Une direction générale, clé de voûte de la Sem

Le rôle du directeur général est essentiel, que la Sem soit à conseil d'administration – la direction générale est confiée à son président ou séparée de celui-ci – ou à conseil de surveillance – la direction générale appartient au directoire, le président de ce dernier représentant la société dans ses rapports avec les tiers.
Homme de synthèse et manager, le directeur général joue le rôle de cheville ouvrière du système. Dans le cas d'une Sem, il permet de traduire un projet politique en commande technique, tout en garantissant à la collectivité un contrôle régulier de la mise en œuvre. Pour agir au nom de la Sem, le directeur général dispose de pouvoirs étendus. Son action, ou celle des membres du directoire, doit être appréciée sur des critères professionnels.
Forte d'une liberté de parole et de jugement et tenue d'informer régulièrement les administrateurs, la direction générale doit pouvoir travailler en étroite relation avec le président du conseil d'administration ou de surveillance ainsi qu'avec les services de la collectivité.

# Chapitre I

# La création d'une Sem

Les Sem sont des sociétés anonymes. En tant que telles, elles sont soumises à la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales désormais codifiée au Code de commerce. Néanmoins, elles dérogent à ce droit commun sur nombre de dispositions pour tenir compte de leur spécificité de sociétés d'économie mixte. Leur statut ainsi que leurs modalités de constitution et de fonctionnement sont régis par une loi particulière, la loi du 7 juillet 1983 modifiée par la loi du 2 janvier 2002, codifiée au Code général des collectivités territoriales (CGCT).

Cette Sem qui unit des personnes publiques et des personnes privées ne peut donc se constituer que dans le cadre des articles L. 1521-1 à L. 1525-3 du CGCT.

Il convient donc, avant toute création de Sem, de tenir compte du caractère impératif de ces dispositions en ce qui concerne l'analyse des éléments préalables à la constitution et aux modalités de constitution.

# Éléments préalables à la constitution d'une Sem

La création proprement dite d'une Sem suppose de respecter certaines obligations tenant à l'objet, aux actionnaires et au capital social de cette société.

## L'objet

Une Sem ne peut prendre en charge n'importe quel type d'activité. En application de l'article L. 1521-1 du CGCT, l'objet social de la Sem doit répondre à deux conditions.

La première tient aux obligations légales liées aux compétences des collectivités territoriales et groupements actionnaires, la seconde, au domaine d'activité confié à la structure.
Enfin, lorsque l'objet des Sem inclut plusieurs activités, celles-ci doivent être complémentaires.

### Les obligations relatives aux compétences des collectivités et groupements actionnaires

Les collectivités territoriales ou leurs groupements ne peuvent créer des Sem que dans le "cadre des compétences reconnues par la loi aux collectivités locales". Ces compétences s'apprécient au regard de l'article L. 1111-2 du CGCT suivant lequel "les communes, les départements et les régions règlent par leurs délibérations les affaires de leur compétence".

Les collectivités territoriales ne pourraient pas créer une Sem pour gérer un service public à vocation locale si l'objet ainsi poursuivi relevait d'une activité que la loi réserve à l'Etat, à un établissement public national, à une autre collectivité locale, ou à un groupement auquel la compétence, objet de la Sem, a été transférée.

Les collectivités locales actionnaires d'une Sem doivent détenir, dans leurs compétences, au moins l'un des objets de la Sem.

Aucune disposition légale n'impose une délimitation géographique de l'objet statutaire de la Sem, laquelle peut donc agir en tout point du territoire, sauf clause volontairement restrictive incorporée dans ses statuts.

### La compétence matérielle des Sem[1]

Tout d'abord, une Sem peut être constituée dans les secteurs traditionnels de **l'aménagement et de la construction**.

S'agissant de l'aménagement, les opérations principalement visées sont définies par référence à l'article L 300-1 du Code de l'urbanisme, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2005-1527 du 8 décembre 2005, entré en vigueur le 1er octobre 2007.

S'agissant des opérations de construction, celles-ci s'exercent principalement dans le domaine de la réalisation d'opérations neuves, de rénovation, ou de la réhabilitation ayant pour objet la production de logements, de bureaux, de bâtiments à usage industriel ou commercial, aussi bien que la location, la vente, la location-vente, la gestion, l'entretien et la mise en valeur des immeubles.
En matière d'activité de construction, les Sem interviennent principalement dans le domaine du logement social.



*1 - V. infra, L'intervention des Sem*

L'activité de construction peut englober celle de gestion immobilière lorsque les Sem construisent des immeubles à usage locatif.

Les Sem peuvent aussi être créées pour l'exploitation d'un **service public industriel et commercial**.
D'une manière générale, une activité d'intérêt général gérée par une Sem aura la nature juridique d'un service public dans la mesure où :

- soit la Sem concernée, placée sous le contrôle de l'Administration, est investie de prérogatives de puissance publique ;
- soit en l'absence de prérogatives de puissance publique consenties à la Sem, l'Administration a entendu confier à celle-ci une mission de service public au regard :
    - des conditions de création, d'organisation et de fonctionnement de celle-ci ;
    - des obligations qui lui sont imposées ;
    - des mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints.

Les activités de service public industriel et commercial sont très diversifiées. Il s'agit traditionnellement des activités de transports urbains, d'abattoirs, de remontées mécaniques, de réseaux d'eau et d'assainissement, de chauffage, de gestion d'un parc de stationnement en dehors de la voirie, ou encore le service extérieur des pompes funèbres.

Enfin, les Sem peuvent être chargées d'exercer **des activités d'intérêt général**.

La notion d'intérêt général est définie, au cas par cas, par la jurisprudence et s'apprécie au regard de l'existence d'un intérêt public local et par rapport à des circonstances de temps et de lieu.

Au titre de l'intérêt général, est également admise la possibilité pour une Sem de gérer **un service public administratif** comme le ramassage des ordures ménagères financé par la voie fiscale, la restauration scolaire, le stationnement sur voirie ou encore la gestion d'une pépinière d'entreprises.

**L'activité des Sem doit respecter le principe de liberté du commerce et de l'industrie**.
Le juge ne reconnaîtra le caractère légal de l'objet d'une Sem que s'il vise à satisfaire à un besoin de la population et si l'initiative privée est défaillante ou absente. Autrement dit, dès lors que les collectivités territoriales veulent intervenir par le biais de Sem, elles devront veiller à ce que l'activité d'intérêt général confiée à la Sem ne porte pas atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie.

Le respect de la liberté du commerce et de l'industrie et son corollaire, le principe de libre concurrence, qui ont toujours été présentés comme une limite essentielle à l'intervention des personnes publiques dans le domaine du commerce et de l'industrie, sont aujourd'hui largement remis en cause.

En effet, au principe de libre concurrence tend à se substituer le principe d'égale concurrence. Les prestations assurées par la Sem pourraient ainsi légalement relever du secteur concurrentiel où interviennent des opérateurs privés si les modalités de cette intervention n'entraînaient pas une concurrence déloyale au vu des prix pratiqués dans ce secteur.

Une **dernière limite** doit être respectée. Les collectivités territoriales ne peuvent pas confier à leurs Sem l'exploitation d'un service public qu'elles exploitent au nom et

pour le compte de l'Etat ou bien une mission relevant de l'exercice d'une prérogative de puissance publique ou un service public que des dispositions législatives ou réglementaires interdisent de déléguer.

Enfin, l'objet des Sem a été élargi par l'ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation administrative et du fonctionnement du système de santé, suivant son article 22, lequel a modifié l'article L. 1521-1 du Code général des collectivités territoriales ainsi que par l'article 26 I de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique et qui a étendu le champ d'application de cette disposition au-delà des seuls établissements de santé. Désormais, "les sociétés d'économie mixte locales peuvent réaliser des opérations de conception, réalisation, entretien ou maintenance ainsi que, le cas échéant, de financement d'équipement hospitalier ou médico-sociaux pour les besoins d'un établissement de santé, d'un établissement social ou médico-social ou d'un groupement de coopération sanitaire".

### Les activités complémentaires

Une seule et même Sem peut avoir plusieurs objets ou activités. En l'état actuel des textes, pour que plusieurs activités ou objets puissent être cumulés, ils doivent être complémentaires et de préférence être inscrits dans l'objet social.
La difficulté réside donc dans l'appréciation de la complémentarité de ses activités. Celle-ci est analysée restrictivement par la jurisprudence. Ainsi, une Sem de gestion de parking ne pourra pas gérer tout à la fois un parking et un camping municipal.

En pratique, on notera toutefois qu'il existe des Sem ayant une multi activité - comprenant par exemple, la gestion de parking, d'un parc de loisirs, des anneaux d'un port - ce qui semble donc possible, sous réserve de l'appréciation du contrôle de légalité et du juge administratif.

On doit préciser que la complémentarité d'activités ne doit pas conduire à la réunion d'activités dans une même société, dans le seul but de parvenir à un équilibre financier.

## Les actionnaires[2]

Selon l'article L.1521-1 du CGCT, "les communes, les départements, les régions et leurs groupements peuvent (…) créer des sociétés d'économie mixte locales qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres personnes publiques (…)".

Les actionnaires de la Sem comptent deux types de personnes.

### Les actionnaires collectivités territoriales et leurs groupements

Ils forment les actionnaires du premier groupe, obligatoirement majoritaires au capital. Il s'agit des communes, départements et régions d'une part, et des établissements publics de coopération intercommunale, interdépartementale ou interrégionale, des syndicats mixtes, des agences départementales d'autre part.

Une mention est faite par l'article L. 1521-1 de la situation des communes actionnaires dans le cadre d'une compétence qu'elle a transférée à un établissement public de coopération intercommunale. Un développement sur ce point est réservé infra : Vie sociale, les changements au cours de la vie de la Sem.

2 - *V. infra, La vie sociale des Sem*

### Les actionnaires autres que les collectivités territoriales et leurs groupements

L'actionnariat **d'au moins une personne privée** est impérative, c'est en effet la condition même de l'économie mixte. De plus, rien n'étant précisé sur la nature juridique de ces personnes privées, il faut en déduire que :

- les personnes morales comme les personnes physiques peuvent être actionnaires d'une Sem ;
- et, concernant les personnes morales, une société civile ou commerciale, une Sem ou bien une association peut être actionnaire d'une Sem.

Dès lors qu'il existe au moins une personne privée actionnaire au sein de la Sem, on peut associer, à cette ou ces personnes privées, des personnes publiques autres que des collectivités territoriales ou des groupements. Il pourra s'agir de l'État, d'un établissement public national, tel qu'une Chambre de Commerce et d'Industrie ou une Chambre d'Agriculture, ou encore d'établissements publics locaux ne constituant pas un groupement tel qu'un office public de l'habitat (OPH) ou une régie dotée de la personnalité morale.

Ces personnes publiques peuvent avec la ou les personnes privées, constituer les actionnaires du second groupe, obligatoirement minoritaires au capital.

Par ailleurs, l'article 26 II de la loi du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique a introduit un nouvel article L. 1522-6 dans le Code général des collectivités territoriales aux termes duquel : "*les établissements de santé, les établissements sociaux ou médico-sociaux et les groupements de coopération sanitaire peuvent participer au capital et aux modifications de capital des sociétés d'économie mixte locales ayant pour objet exclusif la conception, la réalisation, l'entretien ou la maintenance ainsi que, le cas échéant, le financement d'équipements hospitaliers ou médico-sociaux*".

### Nombre d'actionnaires de la Sem

En tout hypothèse, faute de disposition dérogatoire au droit commun des sociétés anonymes, figurant dans le CGCT, toute Sem compte au moins sept actionnaires.

## Les pactes d'actionnaires au sein des Sem

On désigne sous l'appellation de pacte d'actionnaires les conventions, accords et clauses conclus entre deux, plusieurs ou tous les associés d'une société et qui ont pour objet de permettre à ses signataires tantôt de prendre ou de conserver le pouvoir, tantôt d'organiser le pouvoir au sein de la société.

Améliorer la gouvernance des Sem et conforter leur dimension partenariale (notamment en incitant les banques et partenaires privés à participer davantage au capital des Sem en leur garantissant un certain nombre de droits), tels sont les principaux avantages du pacte d'actionnaire.

Le pacte d'actionnaire, d'une durée limitée, peut être conclu à tout moment entre les actionnaires qui le désirent. Dans le cadre d'une Sem, il paraît particulièrement utile :

- Pour permettre à un actionnaire minoritaire d'être bénéficiaire de certains droits (ex : rémunération du capital) que le droit des sociétés et les statuts ne lui attribuent pas ;
- Pour permettre la constitution d'une majorité stable de gouvernance ;
- Pour garantir à la collectivité à l'origine de la Sem un actionnariat stable sur la durée.

Toutefois, la liberté de conclusion d'un pacte d'actionnaire est limitée par les statuts de la Sem et les règles d'ordre public.

Dès lors, la légalité d'un pacte d'actionnaire est subordonnée au respect :

- Des dispositions d'ordre public :
  - droit des sociétés anonymes ;
  - dispositions spécifiques applicables aux Sem (compositions du capital, représentation des collectivités territoriales dans les instances dirigeantes) ;
- Des stipulations impératives des statuts ;
- De l'intérêt social de la Sem.

## Le capital

Seront successivement présentées les règles concernant sa composition, la part de chaque actionnaire au sein du capital, enfin son montant.

### La composition du capital

Pour le premier groupe d'actionnaires, constitué par les collectivités territoriales et leurs groupements, la participation au capital social est majoritaire.
Conformément à l'article L. 1522-1 du CGCT, les collectivités territoriales et leurs groupements, séparément ou à plusieurs, doivent, depuis la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002, détenir plus de la moitié du capital de la Sem et des voix dans les organes délibérants dans une limite de 85 % dudit capital. Par suite, la participation des actionnaires du premier groupe est fixée au minimum à 50 % plus une action, et plafonnée à 85 % du capital social.

Par ailleurs, les collectivités étrangères et leurs groupements peuvent participer au capital des Sem dont l'objet est conforme à l'article L. 1521-1 du CGCT[3], sans condition particulière pour les collectivités appartenant à des Etats membres de l'Union européenne, et sous réserve, pour les autres, de la conclusion d'un accord préalable avec les Etats concernés. Ces collectivités territoriales étrangères participent au capital de la Sem au titre du décompte de la part de capital obligatoirement détenue par les collectivités territoriales et leurs groupements.

Toutefois, elles ne pourront pas détenir séparément ou à plusieurs, plus de la moitié

*3 - Les modalités de cette participation ont évolué. Cette faculté était précédemment ouverte sous réserve d'un accord préalable entre les Etats concernés, sans limitation géographique, mais limitée à l'exploitation de « services d'intérêt commun ». La part du capital détenue par les collectivités étrangères était prise en considération au titre de l'actionnariat autre que public local.*
*La loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain a ensuite supprimé l'exigence liée aux services d'intérêt commun mais a limité les participations étrangères aux seules collectivités des Etats limitrophes.*
*Enfin, la loi du 2 janvier 2002, modifie à nouveau l'article L. 1522-1 du CGCT concernant la participation des collectivités territoriales étrangères au capital en supprimant l'accord interétatique préalable des Etats membres de l'union européenne ainsi que la condition d'appartenance à un Etat limitrophe.*

du capital et des voix dans les organes délibérants détenus par l'ensemble des collectivités territoriales et leurs groupements.Cependant, le principe de la participation majoritaire des collectivités territoriales et leurs groupements ainsi posé souffre néanmoins des exceptions prévues par la loi elle-même.

Il en va ainsi des sociétés mentionnées aux articles L. 1525-1 et suivants du CGCT à savoir :

- Les sociétés d'économie mixte constituées en application de l'article 5 des décrets-lois des 5 novembre et 28 décembre 1926 et créées antérieurement au 8 juillet 1983, date de publication de la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983, sous réserve qu'elles ne modifient pas leur objet social ;
- Les sociétés d'économie mixte sportives, mentionnées à l'article L. 122-12 du Code du sport, dans lesquelles la majorité du capital social et la majorité des voix dans les organes délibérants sont détenues par l'association sportive seule, ou conjointement par l'association sportive et les collectivités territoriales ;
- Les sociétés d'économie mixte d'équipement et d'exploitation de remontées mécaniques, constituées antérieurement au 8 juillet 1983, date de publication de la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 précitée.

Il en va également pour mémoire pour :

- Les sociétés d'exploitation du câble, soumises à la loi du 1er août 1984 relative à l'exploitation des services de radiotélévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé ;
- Les sociétés d'économie mixte existant dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle et créées en application de la loi n° 793 du 6 juin 1895.

À ce premier groupe d'actionnaires doit s'associer un second groupe d'actionnaires.

- Pour le second groupe d'actionnaires, constitué par au moins une personne privée et, éventuellement, d'autres personnes publiques, la participation au capital social de la Sem est minoritaire et ne peut être inférieure à 15 %, conformément à l'article L. 1522-2 du CGCT.

## Le montant du capital social

Suivant le régime de droit commun applicable aux sociétés anonymes, le montant du capital social minimum pour créer une Sem est de 37 000 €, sous réserve du cas où la société fait publiquement appel à l'épargne. Dans ce cas, les modalités et formalités prévues par le droit des sociétés doivent être toutes suivies, sans préjudice de celles propres à l'économie mixte locale.

Toutefois, l'obligation quant au montant minimal du capital social peut varier selon l'objet de la Sem. Aux termes de l'article L. 1522-3 du CGCT , "*par dérogation (…) le capital social doit être au moins égal à :*

- *225 000 € pour les sociétés ayant dans leur objet la construction d'immeubles à usage d'habitation, de bureaux ou de locaux industriels, destinés à la vente ou à la location ;*
- *150 000 € pour celles ayant dans leur objet l'aménagement.*"

Ces montants sont destinés à doter la société de fonds propres minimum. Afin de doter la société d'une base financière suffisante, ces fonds propres devront être dimensionnés en fonction du besoin de financement initial mais également en fonction du besoin de financement durable.

Avant la création proprement dite de la Sem, il convient de respecter certaines obligations.

Ces obligations sont relatives, d'une part, à la forme de la société, d'autre part, à la décision de la collectivité et enfin à la représentation des collectivités et groupements actionnaires.

## Les obligations tenant à la forme juridique d'une Sem

La forme juridique d'une Sem est imposée par les textes. Il existe toutefois une exception.

**La forme juridique d'une Sem est imposée** par l'article L. 1522-1 1° du CGCT qui dispose que la société revêt la forme de société anonyme régie par le Code de commerce… (articles L. 225-1 à L. 225-256 du Code de commerce).

La Sem est donc régie par le droit commun des sociétés. Le choix d'une société anonyme étant imposé, la gestion d'une Sem peut alors être assurée, soit selon le système classique du président et du conseil d'administration, soit selon la formule du directoire et du conseil de surveillance[4].

De même, une Sem peut être constituée avec appel public ou sans appel public à l'épargne. Toutefois, on constate que la majorité des Sem locales emprunte la forme dite "fermée", c'est-à-dire celle de sociétés qui ne recourent pas à l'appel public à l'épargne.

**Il existe une exception à la forme de société anonyme** d'une Sem inscrite à l'article L. 2542-28 du CGCT qui dispose :
"Les sociétés d'économie mixte existant dans les départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin et créées en application de la loi locale du 6 juin 1895 sur l'organisation municipale peuvent déroger aux dispositions de l'article L. 1524-1 concernant la participation majoritaire des collectivités territoriales au capital et la forme de sociétés anonymes".

Ces sociétés sont donc régies par la loi locale du 6 juin 1895 sur l'organisation municipale en Alsace.

## Décision de la collectivité

La participation d'une collectivité territoriale au capital d'une Sem doit être décidée par l'assemblée délibérante de la collectivité concernée, ou du groupement concerné.

Cette délibération doit être transmise au préfet du département au titre du contrôle de légalité et être accompagnée des pièces complémentaires, comme les projets de statuts, les décisions soumises à l'assemblée, les conventions.

La transmission de la délibération de l'assemblée locale soumise au contrôle de légalité doit être préalable à la signature des statuts par l'exécutif de la collectivité.

A titre d'exemple, est sanctionnée d'illégalité la délibération par laquelle une commune souscrit au capital d'une Sem dont l'un des actionnaires est une société contrôlée par le maire et l'un de ses adjoints.



*4 - V. infra, La vie sociale des Sem*

## La représentation

Il convient de distinguer la représentation de la collectivité au conseil d'administration et au conseil de surveillance de celle à l'assemblée générale.

La représentation des collectivités territoriales au sein d'une Sem est organisée par des dispositions spécifiques quant à la répartition des sièges et des voix et quant aux modalités de désignation des représentants. Celle des actionnaires privés est déterminée par les dispositions du Code de commerce.

### La représentation des collectivités territoriales

L'article L. 1522-1 2° du CGCT fait obligation aux collectivités territoriales de détenir, séparément ou à plusieurs, plus de la moitié du capital et des voix dans les organes délibérants des Sem : conseils d'administration (ou de surveillance) et assemblées générales.

Ces collectivités et groupements occupent donc une place prépondérante au sein des organes de décision. A cette fin, le nombre de sièges qui leur est réservé obéit à des modalités précises.

- **Détermination du nombre de sièges**

Selon l'article L. 1524-5, al. 1er du CGCT : " Toute collectivité territoriale ou groupement de collectivités territoriales actionnaire a droit au moins à un représentant au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, désigné en son sein par l'assemblée délibérante concernée".

Les administrateurs représentant les collectivités territoriales ou leurs groupements sont donc obligatoirement choisis parmi les membres des assemblées délibérantes. Ils sont désignés par celles-ci, selon les modalités propres à chaque collectivité, telles que définies par le CGCT. Cette désignation est faite à scrutin secret (article L. 2121-21 du CGCT).

Le nombre de sièges au conseil d'administration ou de surveillance est fixé, selon l'article L. 1524-5 du CGCT, par les statuts "dans une proportion au plus égale à celle du capital détenu par l'ensemble des collectivités territoriales ou de leurs groupements actionnaires par rapport au capital de la société, ce nombre étant éventuellement arrondi à l'unité supérieure".

Les sièges sont ensuite attribués en proportion du capital détenu respectivement par chaque collectivité ou groupement.

Chaque collectivité ou groupement de collectivités a donc droit à, au moins, un représentant au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance. Ces conseils sont composés de trois membres au moins à dix huit membres au plus, selon les articles L. 225-17 et L. 225-69 du Code de commerce.

Si le nombre de membres de ces conseils ne suffit pas à assurer la représentation directe des collectivités ou de leurs groupements qui ont une participation réduite au capital, il convient d'appliquer l'article L. 1524-5 al. 3 du CGCT.

Les collectivités et groupements sont alors réunis en une **assemblée spéciale** qui désignera parmi les élus de ces collectivités ou groupements le ou les représentants communs qui siègeront au conseil d'administration ou au conseil de surveillance.

Désigné par cette assemblée spéciale, le représentant peut être révoqué, par elle, à tout moment. Elle est alors tenue de pourvoir simultanément à son remplacement et d'en informer le conseil d'administration ou de surveillance.

Conformément aux dispositions de l'article L. 1524-5 al. 9 du CGCT, l'élu local représentant la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance des Sem ne sera pas assimilé à un entrepreneur de service municipal, départemental ou régional s'il exerce les seules fonctions de membre, de président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance et de président assurant les fonctions de directeur général.

Dès lors, une particularité tenant aux Sem avec directoire et conseil de surveillance doit être mentionnée.

Le Conseil d'Etat applique strictement l'article L. 225-74 du Code de commerce et estime qu'aucun membre du conseil de surveillance ne peut faire partie du directoire.

Aucune exception n'étant prévue pour les Sem, si un élu est présent au directoire d'une Sem, alors que la collectivité dont il est issu est membre du conseil de surveillance, il est censé occuper ce poste à titre personnel et ne peut être assimilé à un mandataire de la collectivité[5]. De ce fait, il encourt l'inéligibilité.

Et quand bien même la collectivité ne serait pas membre du conseil de surveillance, l'élu présent au directoire sera assimilé à un entrepreneur de service municipal, départemental ou régional et encourra également l'inéligibilité.

- **Désignation d'un délégué spécial**

Aux termes de l'article L. 1524-6 du CGCT, un délégué spécial peut également être nommé par une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités non actionnaire, donc non représenté au conseil d'administration ou de surveillance lorsque cette collectivité ou ce groupement a accordé sa garantie aux emprunts contractés par la Sem.

Ce délégué spécial est désigné en son sein par l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou du groupement.

## La représentation des actionnaires privés

La représentation de l'actionnariat privé de la Sem est régie par le droit commun des sociétés.

Les dirigeants, administrateurs ou membres du conseil de surveillance, sont nommés par l'assemblée générale constitutive ou par l'assemblée générale ordinaire, conformément aux dispositions des articles L. 225-18 et L. 225-75 du Code de commerce.

Il est souvent d'usage que les actionnaires publics ne participent pas à la désignation des représentants de l'actionnariat privé.



*5 - C.E. 18 décembre 1996, Elections municipales Gérardmer, req. n° 174097, D.A. 1997, n° 64, note M.-Y. Benjamin*

Une personne morale peut être nommée comme représentant au conseil d'administration ou au conseil de surveillance. Lors de sa nomination, elle doit alors désigner un représentant permanent.

Lorsque la personne morale révoque son représentant, elle est tenue de pourvoir en même temps à son remplacement, ainsi que le précisent les articles L. 225-20 et L. 225-70 du Code de commerce.

La durée des fonctions des administrateurs ou des membres du conseil de surveillance est déterminée dans les statuts sans pouvoir excéder six ans en cas de nomination par les assemblées générales et trois ans en cas de nomination dans les statuts.

Les administrateurs et les membres du conseil de surveillance sont rééligibles sauf stipulation contraire des statuts, conformément aux articles L. 225-18 et L. 225-75 du Code de commerce.

Selon les articles L. 225-24 et L. 225-78 du Code de commerce, en cas de vacance par décès ou par démission d'un ou plusieurs sièges d'administrateurs ou du conseil de surveillance, le conseil d'administration ou le conseil de surveillance peut, entre deux assemblées générales, procéder à des nominations à titre provisoire.

Enfin, selon l'article L. 225-16 du Code de commerce, les premiers administrateurs ou les premiers membres du conseil de surveillance sont désignés dans les statuts.

- **Désignation d'un censeur**

**Dès lors que les statuts de la Sem ont prévu la possibilité de faire intervenir des censeurs**, l'assemblée générale ordinaire ou extraordinaire peut nommer un ou plusieurs censeurs choisis parmi les actionnaires ou en dehors de ceux-ci. Le conseil d'administration ou de surveillance peut, également, procéder lui-même à la nomination des censeurs sous réserve de ratification par la prochaine assemblée générale.

Les censeurs ne peuvent se voir confier des attributions relevant de la compétence des organes légaux des sociétés par actions. Leur mission peut être de veiller à l'application des statuts, d'examiner les inventaires et les comptes annuels et de présenter leurs observations à l'assemblée générale ou aux séances du conseil d'administration ou au conseil de surveillance. Ils peuvent également avoir pour tâche de rapporter des avis, appuis, conseils ou recommandations concernant toutes les questions qui peuvent leur être soumises. En tout état de cause, ces interventions doivent se limiter à un strict rôle de conseil. Les censeurs n'ont qu'une voix consultative, lorsqu'ils assistent aux séances des organes de direction.

La durée de la fonction de censeur est prévue par les statuts. Le renouvellement peut être envisagé.

Le principe de leur rémunération doit également être prévu dans les statuts. Mais la rémunération n'est pas une obligation.

Ainsi, **d'anciens élus** peuvent être nommés censeurs dans la Sem. Ils ne pourront toutefois pas être rémunérés avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de leur fonction d'élu dans la collectivité ou le groupement actionnaire de la Sem, sous peine d'être pénalement répréhensibles (article 432-13 du Code pénal).

## Les formalités à accomplir, après désignation des représentants

La constitution de la Sem doit être publiée dans un journal d'annonces légales. Mais également, les statuts doivent être enregistrés au bureau d'enregistrement du centre des impôts du siège social.
Le dépôt des actes de constitution de la Sem s'effectue auprès du centre de formalités des entreprises (CFE), auprès duquel on apportera notamment :

- des exemplaires des statuts enregistrés et les pièces annexes (par exemple, l'état des actes accomplis au nom de la société, et la déclaration de conformité) ;
- des copies du procès-verbal d'assemblée nommant les administrateurs.

En fait, la demande d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés doit être formulée auprès du CFE. Afin d'obtenir l'immatriculation, il faudra déposer un certain nombre de pièces dont la liste sera fournie par le CFE. Ce dernier se chargera de la déclaration d'existence de la société auprès des impôts et des différents organismes sociaux.

## La création de filiales par les Sem

La filialisation est le procédé par lequel une société acquiert plus de la moitié du capital d'une autre société, faisant de celle-ci sa filiale.

Les filiales d'une entreprise mère peuvent être issues d'une structure antérieure par transfert d'activité ou correspondre à la création d'une société entièrement nouvelle.

Aucun texte n'interdit aux Sem de prendre des participations dans d'autres sociétés ni de créer des filiales, dès lors que ce type d'opération ne conduit pas la Sem à s'intéresser à des activités autres que celles décrites à l'article L. 1521-1 du CGCT ou à transférer la réalisation de son objet à des filiales échappant au contrôle des collectivités.

En résumé, il faut proscrire ici le contournement des dispositions précitées du CGCT énumérant limitativement les catégories d'activités pouvant être légalement incluses dans l'objet social d'une Sem.

L'unique interdiction expresse de filialisation concerne les sociétés d'économie mixte locale ayant pour objet exclusif la conception, la réalisation, l'entretien et la maintenance ainsi que, le cas échéant, le financement d'équipements hospitaliers ou médico-sociaux auxquelles la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 refuse toute prise de participation dans le capital d'une société commerciale.

Conformément à l'article L. 1524-5 al. 16 du CGCT, "toute prise de participation d'une société d'économie mixte locale dans le capital d'une société commerciale fait préalablement l'objet d'un accord exprès de la ou des collectivités territoriales et de leurs groupements actionnaires disposant d'un siège au conseil d'administration".

Bien que le législateur n'ait pas visé expressément les Sem dotées d'un directoire et d'un conseil de surveillance, il est préférable, par souci de transparence, d'appliquer ces dispositions à ces sociétés.

Enfin, lors de la filialisation des Sem, les actionnaires de celles-ci doivent s'abstenir de réaliser des pratiques anticoncurrentielles (abus de position dominante, versement d'aides publiques prohibées…).

En revanche, l'accord relatif à la prise de participation de la Sem dans le capital d'une autre société commerciale n'est exigé que des seules collectivités territoriales qui détiennent au conseil un siège "en propre", et non toutes celles qui sont actionnaires. Par conséquence, les collectivités représentées au conseil d'administration par un représentant de l'assemblée spéciale n'ont pas à délibérer sur une telle prise de participation. Cette différence de traitement entre collectivités actionnaires n'est pas contraire au principe d'égalité.

Par ailleurs, la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz, et aux entreprises électriques et gazières, en son article 29, a modifié la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz.

Les Sem, distributeurs non nationalisés mentionnés à l'article 23 bis de la loi du 8 avril 1946, et les distributeurs agréés en vertu du III de l'article L. 2224-31 du Code général des collectivités territoriales :

- peuvent constituer entre eux des groupements d'intérêt économique ou participer à des groupements d'intérêt économique avec Electricité de France, Gaz de France ou ces deux entreprises dans les formes prévues au chapitre Ier du titre V du livre II du Code de commerce ;
- peuvent, même lorsque leurs zones de desserte ne sont pas limitrophes, fusionner au sein d'une régie, d'une société d'économie mixte locale ou d'une société d'intérêt collectif agricole d'électricité.

Par ailleurs, désormais, les sociétés d'économie mixte locales concessionnaires de la distribution d'électricité ou de gaz, ou celles qui assurent la fourniture d'électricité ou de gaz pour le compte d'un distributeur non nationalisé et, par dérogation aux dispositions de l'article L. 2253-1 du Code général des collectivités territoriales, les régies de distribution d'électricité ou de gaz dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière peuvent, à la condition de lui transférer l'ensemble de leurs contrats de fourniture d'électricité ou de gaz à des clients qui ont exercé leur droit à l'éligibilité, créer une société commerciale ou entrer dans le capital d'une société commerciale existante. L'objet statutaire de la société est limité aux activités de production et de fourniture d'électricité ou de gaz et aux prestations complémentaires.

## La disparition des filiales des Sem

La disparition des filiales des Sem peut résulter soit d'une opération de privatisation de celles-ci, soit d'une suppression de l'entreprise elle-même.

# Chapitre II

# L'intervention des Sem

La loi du 7 juillet 1983 relative aux Sem a défini le cadre général de l'intervention des Sem au bénéfice des collectivités locales. La loi de modernisation du 2 janvier 2002 a modifié, en le précisant, ce régime. D'autres textes spécifiques à certaines activités sont également applicables aux Sem, notamment en matière d'aménagement et de construction.

L'objet social d'une Sem est limité par les compétences reconnues aux collectivités locales par la loi. Ainsi, la Sem doit être créée pour réaliser des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel et commercial, pour toute autre activité d'intérêt général ou de conception, réalisation, entretien ou maintenance et financement d'équipements hospitaliers ou médico-sociaux.

Lorsqu'une Sem exerce une activité d'intérêt général, elle doit, lors de ses interventions, s'assurer :

- d'une part, que ces interventions correspondent effectivement à une activité d'intérêt général[6] ;
- d'autre part, que les conditions de la création ou des interventions ne faussent pas le jeu de la concurrence en portant ainsi atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie[7].

Toutefois, il est toujours possible pour une ou plusieurs collectivités locales de créer une Sem, dès lors que cette création est fondée sur des considérations tirées de l'intérêt des collectivités, et du fonctionnement du service[8]. La Sem ne pourra alors légalement intervenir au bénéfice des collectivités que dans des conditions d'égale concurrence avec les opérateurs privés.

Ces principes étant rappelés, il convient de savoir pour qui les Sem sont susceptibles d'intervenir, en quels domaines, et par quels moyens.

*6 - C.E. 10 octobre 1994, préfet de la Moselle c/commune d'Amnéville, Rec. C.E., tables, p. 814 ; C.E. 23 décembre 1994, Commune de Clairvaux d'Aveyron et autres, Rec C.E., p. 582*
*7 - T.A. Grenoble, 27 janvier 1988, Ruphy, JCP 1989. II. 21265, note C. Devès*
*8 - C.E. 7 juin 1995 Lagourgue et autres, Rec. 226*

# Pour qui les Sem peuvent-elles intervenir ?

Dans le respect du droit de la concurrence et des règles imposant aux personnes publiques d'organiser une mise en concurrence, les Sem interviennent pour leurs actionnaires, principalement pour les collectivités locales ou groupements détenteurs d'une partie du capital. Elles peuvent également intervenir pour des tiers non actionnaires, publics ou privés, ou pour leur propre compte.

## Les interventions pour le compte des actionnaires

Les Sem ont vocation à intervenir pour leurs actionnaires. C'est même l'une des raisons qui légitime leur création. Les Sem interviennent donc essentiellement pour les collectivités locales et groupements actionnaires, dans les domaines relevant de leurs compétences, mais également pour les autres actionnaires publics ou privés.

### Interventions au profits des collectivités locales et groupements actionnaires

**Les lois du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbain et du 2 janvier 2002 ont supprimé le principe général de conventionnement préexistant, instaurant un principe de convention adaptée à l'objet de l'intervention de la Sem.**

Désormais, l'intervention en matière d'aménagement suppose une convention régie par les articles L. 1523-2 nouveau, à L. 1523-4 du CGCT, et L. 300-4 et L. 300-5 du Code de l'urbanisme[9].

L'intervention en matière de construction est également soumise à convention dès lors que les collectivités participent financièrement par le biais de subventions ou d'avances à la réalisation ou à la gestion de logements dont les financements sont assortis de maxima de loyers ou de ressources des occupants (article L. 1523-5 du CGCT).

Quant aux interventions en matière de gestion de service public, elles seront soumises aux dispositions relatives aux délégations de service public ou au Code des marchés publics[10].

Les collectivités locales étant obligatoirement administrateurs de la Sem, ces conventions doivent être autorisées par le conseil d'administration, en application des articles L. 225-38 et suivants du Code de commerce, ou par le conseil de surveillance, en application des articles L. 225-86 et suivants du même Code.

Néanmoins, l'autorisation du conseil d'administration, ou du conseil de surveillance de la Sem, de conclusion du contrat passé avec la collectivité est substituée par une simple communication de celle-ci au président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance dès lors que le contrat concerné est conclu à “des conditions normales” et porte sur des “opérations courantes” (articles L. 225-39 et L. 225-87 du Code de commerce).

En revanche, aucune des obligations définies aux deux paragraphes précédents ne s'applique aux contrats qui, en raison de leurs objet ou implications financières, ne sont significatifs pour aucune des parties.



*9 - V. infra, Intervention des Sem, Comment ?, Les Sem prestataires*
*10 - V. infra, Intervention des Sem, Comment ?, Les Sem prestataires*

## Interventions pour les autres actionnaires

Parmi les autres actionnaires doit figurer au moins une personne privée. Mais des personnes publiques autres que des collectivités locales ou groupements peuvent détenir une fraction du capital de la Sem (actionnaires du second groupe).

La Sem est autorisée à intervenir pour ces actionnaires. Cette intervention sera généralement matérialisée par une convention. Celle-ci doit être autorisée par le conseil d'administration en application des articles L. 225-38 et suivants du Code de commerce, ou par le conseil de surveillance en application des articles L. 225-86 et suivants du même Code, si l'actionnaire est administrateur ou s'il détient une fraction des droits de vote supérieure à 5 %.

- **Actionnaires à statut privé**

Les personnes morales de droit privé actionnaires des Sem peuvent avoir recours à ces dernières dès lors que les prestations demandées entrent dans leur objet social. Là encore, ces interventions doivent être réalisées dans le respect des règles du droit de la concurrence.

Ainsi, rien n'interdit à une Sem d'intervenir à la demande d'un de ses actionnaires privés dans le cadre d'une opération privée d'aménagement ou de construction immobilière. Elle peut également se voir confier par cet actionnaire une mission de gestion d'un parc immobilier, un mandat, ou encore la gestion de l'une des activités dont cet actionnaire a la charge.

- **Actionnaires à statut public**

Des personnes publiques autres que des collectivités locales ou des groupements peuvent être actionnaires du second groupe des Sem[11].

Ces actionnaires peuvent confier des missions à la Sem devant tenir compte de l'objet social de cette dernière, de leurs propres compétences, et des règles de mise en concurrence pouvant s'imposer à eux, lorsqu'ils commandent une prestation. Ce sera notamment le cas lorsque l'actionnaire public entendra confier une mission de service public à la Sem, par la voie d'une délégation ou d'un marché.

*11 - V. supra, La création d'une Sem, Les actionnaires*

## Les interventions pour le compte de tiers non actionnaires

Les Sem peuvent intervenir pour des personnes publiques ou privées, non actionnaires. Elles doivent alors respecter certaines règles, définies à l'article L. 1523-1 du CGCT, destinées à renforcer la protection des actionnaires de la Sem.

Pour des opérations autres que des prestations de service, les personnes qui ne sont pas actionnaires doivent, conformément à l'article L. 1523-1 du CGCT :

- apporter la totalité du financement nécessaire, si ce sont des personnes privées ;
- garantir la totalité du remboursement du financement, si ce sont des personnes publiques.

À défaut, les interventions de la Sem pour le compte de ces personnes sont soumises à l'accord préalable du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, pris à une majorité des 2/3 comprenant la moitié au moins des représentants des collectivités actionnaires. La Sem doit aussi, s'il y a lieu, obtenir l'accord de la collectivité sur le territoire de laquelle l'investissement immobilier est prévu.

Dans ces conditions, et en fonction de son objet social, une Sem pourra par exemple :

- réaliser des opérations immobilières ou assurer la gestion d'immeubles au bénéfice de personnes publiques ou privées non actionnaires, dans le respect des dispositions du Code de la construction et de l'habitation ;
- se voir confier par une personne publique non actionnaire une délégation de service public ou un marché public dans le respect des dispositions de mise en concurrence prévues par le CGCT ou le Code des marchés publics ;
- mener à bien toute mission que lui confierait une personne privée non actionnaire, dans le respect des règles du droit de la concurrence et de celles du droit de la consommation.

## Les interventions pour leur propre compte

Les Sem sont créées à l'initiative de collectivités locales ou de groupements de ces collectivités, avec pour but de se voir confier des missions incombant à ces collectivités ou groupements. On a vu néanmoins qu'elles pouvaient intervenir pour des actionnaires du second groupe ou des tiers non actionnaires, publics ou privés.

Elles n'en restent pas moins des sociétés à part entière pouvant parfaitement satisfaire par elles-mêmes à leurs propres besoins, et poursuivre des buts propres dans la recherche de leur intérêt particulier, sans pour cela avoir à être investies d'une mission par une personne publique ou privée, actionnaire ou non.

En pareille situation, elles interviennent pour leur propre compte, et assument le risque financier de l'opération. On parle alors d'opération propre. On notera toutefois que ces opérations ne sont pas exclues de tout contrôle, notamment celui des Chambres régionales des comptes qui peuvent être saisies par le représentant de l'État de l'examen de la décision prise par la Sem de s'engager dans une telle opération[12].

Ces interventions peuvent par exemple se traduire par la construction, par les Sem, de leur siège social (opération purement privée en leur propre nom), ou par des prestations telles que la gestion locative du patrimoine immobilier qui est leur propriété, la mise en place de leur propre système informatique ou des études diverses qu'elles sont conduites à réaliser dans le cadre d'une meilleure connaissance de leur secteur d'activités, études statistiques ou de marché.

*12 - V. infra, Les obligations de communication et le contrôle des SEML, Les contrôles externes.*

# Pourquoi ? Les domaines d'intervention des Sem

Au titre de l'article L. 1521-1 du CGCT, les sociétés d'économie mixte locales sont créées à l'initiative de collectivités locales ou de leurs groupements pour réaliser des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel et commercial ou pour toute autre activité d'intérêt général.

Elles peuvent également intervenir, depuis la loi du 9 août 2004, pour effectuer des opérations de conception, réalisation, entretien ou maintenance, ainsi que, le cas échéant, de financement d'équipements en matière de santé.

## Les opérations d'aménagement

S'agissant des opérations d'aménagement, il faut distinguer entre l'objet de l'opération, et les missions susceptibles d'être confiées à l'aménageur. Toutefois, il convient également d'évoquer ici cette nouvelle structure d'aménagement qu'est la société publique locale d'aménagement (Spla) créée par la loi du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement.

### Les sociétés publiques locales d'aménagement

Les Spla ont été créées par l'article 20 de la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, et codifiées à l'article L. 327-1 du Code de l'urbanisme. C'est une solution expérimentale, pour une durée de 5 ans, permettant de composer avec les contraintes imposées, en termes de publicité et de mise en concurrence, par la Communauté européenne.

Cette structure peut résulter d'une création pure, d'une transformation d'une Sem existante, ou encore d'une fusion-absorption ou dissolution de la Sem.

- **Composition de la Spla**

Il s'agit, comme la Sem, d'une personne morale de droit privé, régie par le livre II du Code de commerce et le chapitre IV du titre II du livre V de la première partie du Code général des collectivités territoriales. Mais la particularité de la Spla est d'être une société anonyme dont le **capital social est 100 % public**.

Seuls peuvent prendre des participations dans la Spla, les collectivités territoriales et leurs groupements. L'un de ces actionnaires est obligatoirement majoritaire et donc détient la majorité des droits de vote.

La société publique locale d'aménagement, en tant que société anonyme et en application des dispositions du livre II du Code de commerce, devait comporter un nombre d'associés ne pouvant être inférieur à 7.
Cependant depuis la loi Boutin du 10 février 2009, l'article L. 327-1 du code de l'urbanisme prévoit désormais que, par exception aux dispositions du Code de commerce, les sociétés publiques locales d'aménagement peuvent être composées de deux actionnaires ou plus.

- **Objet de la Spla**

La Spla est compétente pour réaliser, **pour le compte de ses actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales ou des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres**, toute opération d'aménagement au sens du Code de l'urbanisme.

La Spla peut, ainsi qu'il est indiqué à l'article L. 300-1 du Code de l'urbanisme, réaliser toutes actions ou opérations ayant pour objet de mettre en œuvre un projet urbain ou une politique locale de l'habitat, d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, de favoriser le développement des loisirs et du tourisme, **de réaliser des équipements collectifs, de lutter contre l'insalubrité, de permettre le renouvellement urbain, de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels.**

Ce mécanisme permet de répondre aux exigences de la jurisprudence communautaire sur la notion de contrat "in house"[13].

Un bilan sous forme de rapport sera établi à l'issue des 5 années de test de la formule Spla.

## Objet des opérations d'aménagement

La loi SRU du 13 décembre 2000 a profondément modifié le régime des actions ou opérations d'aménagement. Les collectivités locales peuvent désormais confier à une Sem une opération d'aménagement dont l'objet est prévu par les dispositions de l'article L. 300-1 du Code de l'urbanisme.

Une telle opération peut donc avoir pour objet :

- de mettre en œuvre un projet urbain ;
- de mettre en œuvre une politique locale de l'habitat ;
- d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques ;
- de favoriser le développement des loisirs et du tourisme ;
- de réaliser des équipements collectifs ;
- de lutter contre l'insalubrité ;
- de permettre le renouvellement urbain ;
- de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels.

Par ailleurs, la loi du 20 juillet 2005 relative aux concessions d'aménagement, en réf ormant l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme, a supprimé la distinction issue de la loi SRU entre les conventions publiques d'aménagement et les conventions privées d'aménagement.

## Missions confiées à l'aménageur

Afin de poursuivre le ou les objets visés par la loi, l'aménageur se voit confier un certain nombre de missions.

Il s'agit en général d'une intervention foncière, par laquelle l'aménageur acquiert les terrains ou immeubles bâtis compris dans le périmètre de la zone. Il convient ici de noter qu'il ne paraît pas toutefois qu'une telle intervention soit nécessairement obligatoire. En effet certaines actions ou opérations d'aménagement prévues à l'article L. 300-1 du Code de l'urbanisme (lutter contre l'insalubrité, permettre le renouvellement urbain) ne semblent pas nécessiter forcément une maîtrise patrimoniale des biens immobiliers, même si cette dernière est susceptible de faciliter la tâche.



*13 - CJCE, 5e ch., 18 novembre 1999, aff. C-107/98, Teckal ; voir infra sur cette notion.*

S'agissant néanmoins de cette maîtrise foncière, elle sera confiée à l'aménageur par le biais d'une concession par laquelle la Sem peut se voir confier les acquisitions par voie d'expropriation ou de préemption. En pareil cas cependant, rien n'interdit qu'elle procède par voie amiable.

L'aménageur a également pour mission, et en tant que de besoin, de mettre en état les sols et, le cas échéant, de les libérer de leurs occupants.

Il lui faudra ensuite réaliser les équipements d'infrastructure nécessaires à la viabilisation de la zone. Le concédant ayant décidé l'opération d'aménagement peut participer financièrement au coût de l'opération dans les conditions fixées à l'article L. 300-5 du Code de l'urbanisme.

Il reviendra enfin à l'aménageur d'assurer la promotion et la commercialisation des terrains ou des droits à construire auprès des différents opérateurs ou promoteurs intéressés par le programme d'aménagement.

## Les opérations de construction

L'article L. 1521-1 du CGCT vise expressément, au titre de l'objet des Sem, "les opérations de construction".

Ces opérations sont la construction de logements, de bureaux, de bâtiments à usage industriel et commercial, ainsi que la location, la vente, la location vente, la gestion, l'entretien et la mise en valeur des immeubles.

Il peut s'agir de construction neuve, de rénovation ou de réhabilitation de bâtiments.

### Le logement social

Dans le domaine immobilier, les activités de construction des Sem s'exercent principalement dans le domaine du logement social.

L'intervention des Sem dans le domaine du logement social est consacrée, notamment, par le Code de la construction et de l'habitation et le Code général des collectivités territoriales.

L'article L. 252-1 du Code de la construction et de l'habitation prévoit que les Sem peuvent, au même titre que les organismes d'HLM, conclure avec un organisme bailleur, quel qu'il soit, un bail à réhabilitation.

Par ce contrat, la Sem s'engage à réaliser dans un délai déterminé des travaux d'amélioration sur l'immeuble du bailleur et, pendant toute la durée du bail, à louer cet immeuble à usage d'habitation, à le conserver en bon état d'entretien et à effectuer les réparations de toute nature.

### La Sem d'aménagement et de construction

L'article L. 540-2 du Code de l'urbanisme envisage un cas particulier de Sem d'aménagement et de construction.

Cet article prévoit la création de Sem, avec la participation de l'État, dans les zones qui souffrent de sous-emploi grave et permanent ou d'un développement économique insuffisant, autrement dit, et en pratique, dans les zones éligibles aux aides publiques en faveur de l'aménagement du territoire.

Ces Sem peuvent avoir pour objet l'acquisition, la construction ou l'aménagement d'immeubles industriels, en vue de la vente, de la location ou de la cession en location-vente de ces derniers.

### L'intervention de la Sem en matière de santé

L'article L. 1521-1 du CGCT, tel que modifié par l'ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation administrative et du fonctionnement du système de santé, et la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, prévoient la possibilité pour les Sem de réaliser des opérations de conception, réalisation, entretien ou maintenance, pour les besoins d'un établissement de santé, d'un établissement social ou médico-social ou d'un groupement de coopération sanitaire.

En vertu de ces mêmes dispositions, les sociétés d'économie mixte locale peuvent également assurer le financement d'équipements hospitaliers ou médico-sociaux pour les besoins des établissements ou groupements précités.

## Les prestations de service

Il s'agit ici d'envisager les activités désignées par l'article L. 1521-1 du CGCT sous la qualification d'activité d'intérêt général ou d'exploitation de service public à caractère industriel et commercial.

Le caractère très hétéroclite de cette catégorie ne permet pas d'en envisager tous les cas.

Il sera néanmoins ici formulé quelques remarques.

En premier lieu, si le texte du CGCT vise expressément les services publics à caractère industriel et commercial, il n'a pas pour autant entendu exclure les services publics à caractère administratif. En effet, ces derniers constituent à tout le moins une activité d'intérêt général, et peuvent donc, à ce titre, être pris en charge par une Sem.

Citons à titre d'exemples non exhaustifs comme objet des activités de service, le développement économique, les activités à caractère social ou culturel, le transport, le stationnement, les études et l'assistance aux projets et actions des collectivités locales, le tourisme et les loisirs, les ordures ménagères et autres déchets, la distribution d'énergie, l'informatique et la communication.

En deuxième lieu, dès lors qu'une Sem sera investie d'une mission de service public, les principes inhérents à ces services, égalité, continuité, mutabilité et adaptation, devront être respectés.

En troisième lieu, les Sem peuvent se voir confier ces missions soit dans leur totalité soit partiellement seulement, soit à leurs risques et périls, soit aux risques et périls de la collectivité. D'une manière générale, les possibilités quant aux risques à prendre, au mode de rémunération et à l'implication plus ou moins aboutie de la Sem dans la prise en charge de l'activité sont largement ouvertes, le principe de liberté dans le choix d'un mode de gestion d'un service public étant applicable.

En revanche les choix opérés induisent le plus souvent des formes précises de contrats, délégation de service public ou marché public qui, dans la plupart des cas, ne pourront être conclus qu'à la suite d'une mise en concurrence imposée par le droit interne et le droit communautaire.

L'objet des différents contrats et les modalités de passation seront étudiés ci-après.

# Comment les Sem peuvent-elles intervenir ?

L'intervention des Sem consiste à réaliser les missions correspondant à leur objet social.

Mise à part l'hypothèse d'une opération propre, cette intervention est exécutée à la demande d'une personne, actionnaire ou non, publique ou privée. Le moyen juridique par lequel la Sem se voit confier une telle mission est, le plus souvent, conventionnel. C'est par convention ou contrat que la Sem sera investie d'une mission d'aménagement, de construction, de réalisation de travaux, d'études, de prestations de services ou de la gestion d'un service public.

Cette convention peut être tantôt passée et rédigée librement, sans formalités imposées, tantôt soumise à des procédures de passation ou à des obligations de contenu imposées par les lois et règlements en vigueur. Cet encadrement juridique interviendra pour certains contrats, lorsque la mission est confiée à la Sem par une personne publique, notamment en matière de marchés publics, délégations de service public ou mandats.

**La Sem** qui répond ainsi à la demande d'une personne, quelle qu'elle soit, **est considérée comme son prestataire**.

Mais que la Sem se soit vue confier une mission en tant que prestataire, ou qu'elle ait décidé seule, par une opération propre, de l'accomplir, elle aura à son tour recours à des tierces personnes, entreprises privées, personnes publiques, voire associations pour mener à bien l'objectif qui est le sien. Elle fera, en tant que maître d'ouvrage, réaliser des travaux par des constructeurs, elle commandera des études et des prestations de services.

Là encore, le moyen juridique lui permettant d'obtenir les prestations dont elle a besoin est conventionnel. Cette convention peut être libre. Elle sera, en réalité, souvent soumise à des procédures de passation voire des obligations de contenu, imposées, là encore, par la législation et la réglementation.

**La Sem** qui commande ainsi une prestation à un tiers, quel qu'il soit, **est considérée comme un donneur d'ordre**.

En pratique, et dans la majeure partie des cas, **la Sem est à la fois un prestataire et un donneur d'ordre**.

Ainsi une Sem qui se voit confier une opération d'aménagement par une collectivité est prestataire. Elle devient donneur d'ordre en passant des contrats avec des entreprises, en leur confiant pour tâche de réaliser les travaux d'aménagement. Il en est de même de la Sem concessionnaire de service public, qui doit, de par son contrat, réaliser les ouvrages nécessaires à ce service, lorsqu'elle demande leur exécution à des constructeurs.

## Les Sem prestataires

Il convient à présent de déterminer dans quel cadre et selon quelles modalités les Sem agissent en tant que prestataires, sachant que leurs principales interventions sont regroupées dans la conclusion de quatre types de contrats : les marchés publics, les délégations de service public, les mandats et les concessions d'aménagement.

Depuis la loi du 2 janvier 2002, les relations entre les collectivités publiques et les Sem ne font plus l'objet d'une convention encadrée au contenu déterminé à peine de nullité par les dispositions de l'article L. 1523-2 du CGCT. En effet, cet article ne concerne plus que les concessions d'aménagement.

Ainsi, les Sem peuvent assurer des prestations de service qui restent couvertes par le Code des marchés publics lorsqu'elles sont mandataires, ou gérer un service public dans le cadre de conventions de délégations de service public encadrées par le CGCT ; l'ordonnance du 6 juin 2005 s'appliquant lorsque la Sem agit en tant que donneur d'ordre.

## Les marchés publics

Un marché public est un contrat dans le cadre duquel une Sem s'engage à effectuer, pour une personne publique soumise à une obligation de mise en concurrence, un travail, une prestation ou un service en échange du paiement d'un prix.

Dans cette hypothèse, une Sem est assimilée à n'importe quelle entreprise et ne bénéficie d'aucune dérogation dans le processus de mise en concurrence ou dans l'exécution du marché.
Elle doit donc satisfaire aux obligations prévues tant par le Code des marchés publics que par les lois de transposition des directives communautaires applicables aux marchés publics.

## Les contrats "in house"

L'article 3-1° du Code des marchés publics dispose que : "*Les dispositions du présent code ne sont pas applicables (...) aux contrats conclus entre une des personnes publiques mentionnées à l'article 2 et un cocontractant sur lequel elle exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour elle*". Ces dispositions qui transposent la théorie communautaire de la prestation intégrée font donc échapper ce type de contrat aux règles du Code des marchés publics[14].
La circulaire d'interprétation de l'ancien Code des marchés publics du 28 août 2001 estimait que ces dispositions pouvaient concerner les relations existant entre une collectivité et une société d'économie mixte qu'elle a créée, qu'elle contrôle et qui réalise l'essentiel de ses activités pour elle. La jurisprudence administrative semble admettre dans son principe le recours à cette possibilité[15]. Le problème essentiel en la matière est d'arriver à déterminer le degré de contrôle à exercer sur la Sem pour que les contrats conclus puissent être dispensés de l'application du Code des marchés publics. La jurisprudence communautaire a toujours fait prédominer une appréciation in concreto, ce qui, jusqu'à il y a peu, aboutissait à exclure les contrats passés par les Sem du contrat "in house".

### • Les deux critères européens

L'exclusion "in house" est apparue dans la jurisprudence communautaire avec l'arrêt Teckal de la Cour de justice des communautés européenne (CJCE). Au paragraphe 50 de cet arrêt, la CJCE pose les deux critères permettant de déterminer dans quel cas le contrat "in house" est constitué : "la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services



*14 - CJCE 18 novembre 1999, aff. C-107/98, Teckal, B.J.CD.C.P. n° 8, 2000, p. 43, concl. G. Cosmas.*
*15 - CE 9 juillet 2003, Fédération française des entreprises gestionnaires de services aux équipements à l'énergie et à l'environnement, Contrats et marchés publics 2003, comm. N° 169, Ph. Delelis.*

et (…) cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent".
Ces deux notions devaient être précisées par la jurisprudence communautaire.

• le contrôle analogue

Tout d'abord, **la divergence d'intérêts dans tous les objectifs poursuivis par les détenteurs écarte l'existence d'un contrôle**, par l'un ou l'autre d'entre eux, comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services.
Selon la CJCE, "la participation, **fut-elle minoritaire**, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe le pouvoir adjudicateur en cause, exclut en tout état de cause que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services […] tout placement de capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente[16]".

De plus, pour caractériser un contrôle comparable, la CJCE précise que la collectivité devait être en mesure "d'influencer les décisions" de l'organisme "in house" de manière déterminante, "tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes[17]".

Par ailleurs, la CJCE a apporté une précision importante dans son dernier arrêt sur les modalités d'exercice du pluri-contrôle dont elle avait déjà admis le principe. Dans l'arrêt Coditel[18], elle juge que le contrôle n'a pas à être exercé individuellement par chacune des autorités publiques faisant partie de l'intercommunalité pure. En effet, il "peut être exercé individuellement par chacune de ces autorités, statuant, le cas échéant, à la majorité".

Le juge européen refusait donc le bénéfice des contrats "in house" aux Sem dès lors qu'une partie de leur capital échappait à la collectivité délégante, ou bien dès qu'elle ne lui était pas exclusivement subordonnée.
À cela s'ajoute que l'arrêt de la CJCE Asemfo du 19 avril 2007 (aff. C-295/05) marque une nouvelle étape dans la jurisprudence relative au contrat "in house", puisqu'il admet que le pluri contrôle public est un contrôle comparable au sens de la jurisprudence sus mentionnée relative aux contrats "in house".

• l'essentiel des activités

Sur la condition fixée par la CJCE de contrôle portant sur "l'essentiel de ses activités", l'arrêt Cabotermo précité précise en son paragraphe 64 que les activités "dont il convient de tenir compte sont toutes celles que cette entreprise réalise dans le cadre d'une attribution faite par le pouvoir adjudicateur et ce, indépendamment de l'identité du bénéficiaire, qu'il s'agisse du pouvoir adjudicateur lui-même ou de l'usager des prestations".

Cette précision apportée permet donc de prendre en compte l'ensemble des activités des organismes visés Il en est de même concernant l'une des dernières jurisprudences communautaires Commune de Mantoue du 17 juillet 2008[19]

*16 - CJCE, 11 janvier 2005, aff. G-26/03, Stadt Halle*
*17 - CJCE 13 octobre 2005, aff. C-458/03, Parking Brixen GmbH et CJCE 11 mai 2006, aff C-340/04, Carbotermo SpA).*
*18 - CJCE Coditel Brabant SA, 13 novembre 2008, aff. C-324/07*
*19 - CJCE Commission des Communautés européennes c/ République italienne, 17 juillet 2008, aff. C-371/05*

- **La réponse "à la française"**

La jurisprudence française a enregistré l'évolution de la jurisprudence communautaire puisque dans son arrêt du 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence (req. n° 28473), le Conseil d'Etat considère que les collectivités territoriales doivent être regardées comme "*gérant directement un service public si elles créent un organisme sur lequel elles exercent un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services*".

Par ailleurs, l'apparition des sociétés publiques locales d'aménagement en France, issues de la loi engagement national pour le logement du 13 juillet 2006, règle le problème de l'exclusion "in house" puisque, ainsi qu'il a été exposé plus haut, ces dernières disposent d'un capital social composé à 100% de capitaux publics.
Il ressort de la question parlementaire n° 102783 posée par Monsieur Bourg-Broc, à laquelle une réponse a été apportée par le Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie (publiée au Journal officiel le 28 novembre 2006), que "dans la mesure où le capital d'une Spla est entièrement public, où son activité est réalisée intégralement pour le compte des collectivités qui en sont actionnaires, et où ses statuts prévoient effectivement un contrôle suffisant pour que l'on puisse considérer que la personne publique délégante exerce sur la société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services, l'attribution de l'opération d'aménagement à la Spla pourra être réalisée sans publicité ni mise en concurrence préalables".
Cette évolution législative fondamentale est notamment le fruit de la mobilisation de la Fédération des Epl en ce sens auprès des pouvoirs publics.

## Les délégations de service public

Une délégation de service public est, aux termes de l'article L. 1411-1 du CGCT "un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire les ouvrages ou d'acquérir les biens nécessaires au service[20]".

La jurisprudence administrative estime toutefois qu'il n'est pas nécessaire que les résultats de l'exploitation soient majoritairement assurés par les recettes[21].

**Il résulte de cette définition que seulement trois modes de gestion déléguée sont aujourd'hui qualifiés de délégation de service public :**

**La régie intéressée** est un contrat par lequel le régisseur (la Sem) assure l'exploitation du service pour le compte de la collectivité, moyennant une rémunération versée par la collectivité et qui varie en fonction des résultats de l'exploitation. Cette rémunération est fondée sur la satisfaction d'un certain nombre d'obligations déterminées par le contat, tendant à permettre de mesurer l'amélioration apportée à la gestion du service et à la qualité de l'exploitation.

**L'affermage** est un contrat par lequel une personne publique confie à un tiers (la Sem) l'exploitation d'un service public, mais conserve à sa charge les investissements qui s'y rapportent. A cet effet, la collectivité met à la disposition du fermier les ouvrages nécessaires à l'exploitation du service moyennant en général une redevance qui permet l'amortissement du bien ou, si celui ci est amorti, un loyer.



*20 - Cet alinéa a été introduit par l'article 3 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF)*
*21 - C.E. 30 juin 1999, SMITOM Centre Ouest Seine et marnais, req. n° 198147, A.J.D.A. 1999, concl. C. Bergeal, B.J.D.C.P. n° 7, 1999, p. 607.*

Le fermier (la Sem) assume l'exploitation du service en se rémunérant par des redevances perçues sur l'usager, le tarif étant fixé dans la convention[22].
Il assume le risque d'exploitation.

**La concession de service public** est un contrat par lequel une personne publique charge une autre personne d'assurer l'exploitation d'un service public tout en réalisant les investissements nécessaires à cette exploitation. La Sem est alors maître d'ouvrage des constructions à réaliser.
Le concessionnaire (la Sem) se rémunère sur l'usager, par la perception d'une redevance, dont le tarif est fixé dans la convention. Le concessionnaire assume le risque d'investissement et le risque d'exploitation.

### Les règles spécifiques aux délégataires

Le texte initial de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, tel qu'adopté par les parlementaires, prévoyait un régime d'exception pour les contrats conclus avec les Sem monocommunales et comportant dans leur objet social l'objet même de la délégation.
Par une décision en date du 20 janvier 1993, le Conseil constitutionnel, saisi de ce texte, le déclara contraire à la constitution en tant qu'il rompait le principe constitutionnel d'égalité entre les entreprises privées.
Il en résulte que même lorsqu'une collectivité a spécialement créé une Sem pour gérer le service objet de la délégation, cette dernière doit respecter les principes qui résultent des articles L. 1411-1 et suivants du CGCT.
La seule exception à cette obligation résulte de l'article L. 1411-12 du CGCT. qui dispose : "Les dispositions des articles L. 1411-1 à L. 1411-11 ne s'appliquent pas aux délégations de service public :

- Lorsque la loi institue un monopole au profit d'une entreprise ;
- Lorsque ce service est confié à un établissement public et à condition que l'activité déléguée figure expressément dans les statuts de l'établissement".

Cette exception peut donc concerner les Sem de distribution d'électricité et de gaz. En effet, il résulte de l'article 23 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz qu'ont été et demeurent exclus de la nationalisation les services de distribution possédant à l'époque la forme : de société d'économie mixte à participation publique majoritaire, de régie municipale ou de service analogue. La loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité n'a pas remis en cause ce régime. Ces distributeurs non nationalisés bénéficient, au titre de ces lois, d'un territoire exclusif sur lequel ils exercent leurs activités, cette exclusivité leur conférant un monopole.

En dehors de cette hypothèse, les Sem prestataires sont soumises à une obligation de respect de toute mise en concurrence.

### Les règles applicables à la candidature

Il est unanimement admis qu'une Sem peut se porter candidate à une délégation de service public dès lors que l'activité concernée entre dans son objet social.

Suite aux modifications de l'alinéa 2 l'article L. 1411-1 du CGCT (introduites par l'article 6 de la loi du 2 janvier 2002), la Sem, comme tout autre candidat, peut faire valoir :



*22 - Cf. article L. 1411-2 du CGCT.*

- au titre des garanties professionnelles, notamment les garanties professionnelles réunies en son sein, ce qui facilite bien évidemment les Sem créées uniquement pour l'exploitation concernée ;
- la possibilité d'être candidate et de présenter une offre dans les mêmes conditions que les sociétés existantes, alors même que la Sem est en cours de constitution ou nouvellement créée.

## Les conventions de mandat

Une convention de mandat passée entre une collectivité et une Sem permet à une Sem d'intervenir au nom et pour le compte de la collectivité. C'est en réalité la collectivité qui est engagée par la Sem et qui en supporte les conséquences financières.

Depuis l'entrée en vigueur du Code des marchés publics du 10 janvier 2004, les contrats de mandats ne font plus l'objet d'une exemption des règles du code (cf. CE 5 mars 2003 "UNSPIC"). La dévolution de ces contrats est donc soumise aux obligations de mise en concurrence et de publicité dans les conditions de droit commun prévues par ce même code.

Par ailleurs, se pose la question de l'assujettissement de ces conventions de mandat à la procédure adéquate de mise en concurrence ; il convient donc de déterminer si l'on applique l'article 29 ou l'article 30 du Code des marchés publics. L'application de l'article 30 suppose que les prestations définies dans le contrat de mandat sont soumise à une procédure allégée, que la commission européenne, dans son avis du 4 février 2004, estime contraire aux règles du Traité CE.

### Les conventions de mandat loi MOP

Le mandat constitue la seule modalité possible pour la délégation d'une maîtrise d'ouvrage publique. La loi MOP du 12 juillet 1985 précise les conditions dans lesquelles les maîtres d'ouvrages publics (notamment les collectivités locales) peuvent confier certaines de leurs attributions à un mandataire (une Sem par exemple) qui intervient au nom et pour le compte du maître d'ouvrage.

Cette loi réservait, suivant une liste limitative de son article 4, à certaines personnes la possibilité de se voir octroyer un mandat MOP, personnes au nombre desquelles figuraient les Sem.
La loi MOP du 12 juillet 1985 a été modifiée par l'ordonnance n° 2003-566 du 17 juin 2004 afin de la mettre en conformité avec le droit communautaire.

La Commission européenne critiquait le fait que le mandat de maîtrise d'ouvrage et la conduite d'opération soient réservés à des personnes morales de droit français limitativement énumérées, ce qui constituait une atteinte au principe de non discrimination et de libre prestation de services posés par l'article 49 du Traité CE.

La loi MOP modifiée ouvre ainsi l'exercice du mandat de maîtrise d'ouvrage et de conduite d'opération à tous les professionnels publics ou privés, l'indépendance et l'impartialité des personnes titulaires du mandat ou de la conduite d'opération étant alors assurées par l'incompatibilité entre ces missions et toute mission de maîtrise d'œuvre, de réalisation des travaux ou contrôle technique portant sur les ouvrages auxquels se rapporte le mandat, exercée par cette personne ou une entreprise liée

à cette personne.

• Détermination des maîtres d'ouvrage qui peuvent confier un mandat à une Sem au titre de la loi MOP

Les principaux maîtres d'ouvrage concernés sont :

- l'Etat et ses établissements publics ;
- les collectivités territoriales et leurs établissements publics ;
- les organismes de logement social ;
- les organismes relevant de l'article L.64 du Code de la sécurité sociale, c'est-à-dire les caisses primaires de sécurité sociale, d'assurance maladie, d'alllocations familiales.

• Détermination des opérations qui peuvent entrer dans le cadre de cette loi

Le mandat doit porter sur la maîtrise d'ouvrage d'une opération relative à la réalisation d'ouvrages de bâtiment ou d'infrastructures, ou aux équipements industriels destinés à leur exploitation.

Ne peuvent cependant pas faire l'objet d'un mandat au titre de la loi MOP :

- les ouvrages d'infrastructure ou de bâtiment destinés à une activité industrielle dont la conception est déterminée par le processus d'exploitation ;
- les ouvrages d'infrastructure (ex : voirie, réseaux) réalisés dans le cadre d'une Z.A.C. ou d'un lotissement au sens du titre premier du livre III du Code de l'urbanisme ;
- les ouvrages de bâtiment acquis par les organismes énumérés à l'article L.411-2 du Code de la construction, c'est-à-dire les organismes d'habitations à loyers modérés, par un contrat de vente d'immeuble à construire.

• Détermination des attributions qui peuvent-être confiées à une Sem dans le cadre d'un mandat loi MOP

La loi MOP définit limitativement dans son article 3 les attributions de la maîtrise d'ouvrage qui peuvent être confiées au mandataire (la Sem) :

- définition des conditions administratives et techniques d'étude et d'exécution de l'ouvrage,
- préparation du choix du maître d'œuvre, signature et gestion du contrat de maîtrise d'œuvre,
- approbation des avant-projets et accord sur le projet,
- préparation du choix de l'entrepreneur, signature et gestion du contrat de travaux,
- rémunération de la maîtrise d'œuvre et des travaux,
- réception de l'ouvrage et accomplissement de tous les actes afférents aux actes mentionnés ci-dessus.

La Sem doit exercer personnellement les attributions qui lui sont confiées par la collectivité. Elle ne peut en aucun cas subdéléguer à un tiers la faculté d'agir au nom et pour le compte de la collectivité mandante.

• Contenu du mandat

Aux termes de son article 5, tel qu'issu de l'article 3 de l'ordonnance du 17 juin 2004, la loi MOP précise pour la première fois que le mandat MOP confié à un opérateur (la Sem) doit être un **contrat écrit**.

Une collectivité locale qui souhaite confier un mandat de maîtrise d'ouvrage doit impérativement passer avec le mandataire (la Sem) une convention comportant les mentions suivantes (article 5 de la loi MOP) :

- l'ouvrage faisant l'objet de la convention, les attributions du mandataire, les conditions dans lesquelles le maître de l'ouvrage constate l'achèvement de la mission du mandataire, les modalités de sa rémunération, les pénalités applicables en cas de méconnaissance de ses obligations et les conditions dans lesquelles la convention peut être résiliée ;
- le mode de financement de l'ouvrage ainsi que les conditions dans lesquelles le maître d'ouvrage fera l'avance de fonds nécessaire à l'accomplissement de la convention ou remboursera les dépenses exposées pour son compte et préalablement définies ;
- les modalités du contrôle technique, financier et comptable exercé par le maître d'ouvrage aux différentes phases de l'opération ;
- les conditions dans lesquelles l'approbation des avant-projets et la réception des ouvrages sont subordonnées à l'accord préalable du maître d'ouvrage ;
- les conditions dans lesquelles le mandataire peut agir en justice au nom du maître d'ouvrage.

L'omission de ces mentions entraîne la nullité du contrat.

Le mandataire représente le maître d'ouvrage vis-à-vis des tiers dans l'exercice de ses attributions jusqu'à ce que le maître d'ouvrage ait constaté l'achèvement de ses missions suivant les termes de la convention.

Suivant l'article 4-IV de la loi MOP modifiée, les règles de passation et d'exécution des contrats signés par le mandataire sont celles applicables au maître d'ouvrage, sous réserve des adaptations prévues par décret pour tenir compte de l'intervention du mandataire. Néanmoins, ce décret n'a jamais été pris jusqu'à ce jour, dès lors on doit considérer qu'il n'existe pas d'aménagement de ces dispositions.

Le principe de représentation du mandant par son mandataire conduit à faire application à ce dernier des règles s'imposant au mandant s'agissant notamment de la réglementation ou des contrôles, comme le contrôle de la légalité s'imposant au mandant (CE, 22 janvier 1998, Avis, n° 361425).

### ● Les conventions de mandat dans le cadre de l'article R. 321-20 du Code de l'urbanisme

L'Etat, les collectivités locales et les établissements publics peuvent, par convention passée avec une Sem, lui confier le soin de procéder en leur nom et pour leur compte à la réalisation d'études, à des acquisitions foncières, à l'exécution de travaux et à la construction d'ouvrages ou de bâtiments de toute nature.

La convention de mandat détermine :

- les conditions techniques, administratives et financières de la réalisation des travaux ;
- les conditions dans lesquelles le mandant exercera un contrôle technique des travaux, ou assurera leur direction technique et procédera à la réception des ouvrages et bâtiments ;
- le cas échéant, les conditions dans lesquelles le mandant mettra à la disposition de la Sem les fonds nécessaires ou procédera au remboursement des dépenses exposées par la Sem. Dans ce dernier cas, la convention précise, s'il y a lieu, les garanties exigées.

Enfin, la convention peut, éventuellement, habiliter la Sem à solliciter et à percevoir directement les subventions ou les prêts susceptibles d'être accordés. La Sem, agissant au nom et pour le compte de la collectivité, est tenue de respecter les réglementations qui s'appliquent à cette collectivité.

**● Les conventions de mandat prises sur le fondement de l'article L. 300-4 alinéa 3 du Code de l'urbanisme**

Cette hypothèse recouvre le suivi des études préalables et nécessaires à la définition des caractéristiques d'une opération susceptible d'être réalisée dans le cadre d'une concession d'aménagement.

## Des conventions publiques d'aménagement aux concessions d'aménagement

Le régime des conventions publiques d'aménagement a fait l'objet de réformes successives de mise en compatibilité avec le droit communautaire pour une ouverture à la concurrence. Des conventions publiques d'aménagement, le droit de l'aménagement français est passé aux concessions d'aménagement.

**● Rappel historique avant la réforme de 2005**

La loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains dite "SRU" avait déjà procédé à une modification du régime des conventions publiques d'aménagement en les soumettant à l'obligation d'inscrire dans la convention le montant de la participation versée par la collectivité signataire, et en imposant une éventuelle modification dudit montant par voie d'avenant.

Toutefois, aucune publicité ni mise en concurrence n'étaient requises pour conclure ces conventions publiques d'aménagement.

Or, cette absence de mise en concurrence a été considérée comme non conforme au droit communautaire de la concurrence.
La CJCE avait, en effet, jugé dans un arrêt largement commenté, Teleaustria du 7 décembre 2000[23], que nonobstant le fait que certains contrats sont exclus du champ d'application des directives communautaires sur la passation des marchés, "les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier, ce principe impliquant, notamment, une obligation de transparence permettant aux pouvoirs adjudicateurs de s'assurer que ledit principe

*23 - (aff. N° C-324/98)*

est respecté. Cette obligation de transparence, qui incombe aux pouvoirs adjudicateurs, consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication".

Dans cette ligne, la Commission européenne avait adressé un avis motivé à la France, le 4 février 2004, indiquant que les concessions publiques d'aménagement étaient considérées comme des marchés ou des concessions de travaux, voire comme des concessions de services.

La Cour administrative d'appel de Bordeaux a alors considéré dans son arrêt Sodegis du 9 novembre 2004[24], que la convention publique d'aménagement, même si elle ne relève pas du Code des marchés publics, "*n'est toutefois pas exclue du champ d'application des règles fondamentales posées par le Traité de l'Union, qui soumettent l'ensemble des contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs aux obligations minimales de publicité et de transparence propres à assurer l'égalité d'accès à ces contrats*".

Prenant acte de l'obligation de mise en concurrence, la France a donc adopté la loi n° 2005-809 du 20 juillet 2005.

- **Les apports de la réforme de 2005**

La loi du 20 juillet 2005 et son décret d'application n° 2006-959 du 31 juillet 2006 modifient les dispositions relatives aux concessions d'aménagement (articles R.300-4 à R. 300-11 du Code de l'urbanisme) et aux contrats conclus par les concessionnaires (article R. 300-12 à R. 300-14 du Code de l'urbanisme). Ils précisent également les conditions dans lesquelles les contrats conclus sont passés ou non dans les conditions définies par le Titre III du décret du 30 décembre 2005 pris pour l'application de l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics (Frédéric Dieu, "Les nouvelles règles applicables à la passation des conventions d'aménagement ou l'éclatement des procédures", Construction et urbanisme, n° 12, décembre 2006, étude 22).

• Les principaux apports de la réforme sont les suivants

- l'obligation de publicité et de concurrence s'applique à la procédure de conclusion d'une concession d'aménagement ;
- les concessions d'aménagement peuvent être conclues avec une personne publique ou privée ;
- les règles applicables aux marchés conclus par le concessionnaire pour la réalisation de son opération varieront selon que ce dernier est pouvoir adjudicateur ou non ;
- le contrat de concession précisera la participation financière partielle de la collectivité ;
- le droit de préemption pourra être délégué à tous les opérateurs pouvant également être bénéficiaires du droit d'expropriation.



*24 - Req n° 01BX00381*

• Les obligations du concédant en matière de publicité

Elles sont contenues aux articles R. 300-4 à R. 300-8 du Code de l'urbanisme. Elles consistent pour ce dernier à publier un avis relatif à l'opération envisagée dans deux publications distinctes, l'une habilitée recevoir des annonces légales, et l'autre spécialisée dans le domaine concerné. Cet avis doit faire l'objet d'une communication à une publication européenne lorsque le montant total des travaux envisagé est égal ou supérieur à 5 270 000 €. L'avis de consultation contiendra une date limite de présentation des candidatures. Au-delà du seuil de 5 270 000 € un délai minimal de 52 jours est requis pour ne pas avantager les uns par rapport aux autres. En deçà de ce seuil, le délai minimal d'un mois s'applique.

L'avis doit mentionner les caractéristiques essentielles de l'opération d'aménagement projetée, son objet, sa localisation et les principes de son financement.

Il doit être précisé que, selon la jurisprudence communautaire contraire à la position du Conseil d'Etat, la collectivité ne pourra interdire à une entreprise de remettre une offre, quand bien même cette dernière aurait participé à la recherche, l'expérimentation, l'étude ou au développement de travaux, fournitures ou services préalables à la concession[25].

Le concédant fait parvenir à chacun des candidats un dossier de consultation, le cas échéant par voie électronique, qui contient les caractéristiques essentielles de la concession d'aménagement et indique le programme global prévisionnel des équipements et constructions projetées ainsi que les conditions de mise en œuvre de l'opération. Sont également précisées à ce stade les modalités et la date limite de réception des propositions des candidats qui doit être au minimum postérieure d'un mois à celle de la date d'envoi du document.

L'article R. 300-7 du Code de l'urbanisme pose le principe général du libre choix du concessionnaire, lequel est à rapprocher de l'article L. 1411-5 du Code général des collectivités territoriales selon lequel le délégant d'un service public est libre de choisir son délégataire. Le concessionnaire est choisi sur ses capacités techniques et financières et son aptitude à conduire l'opération projetée, après avoir engagé librement la discussion avec les candidats.

Dans le cas où le concédant est une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités, l'article R. 300-8 du Code de l'urbanisme impose alors la constitution d'une commission qui émettra un avis sur les candidatures et désignera le concessionnaire.

Le critère de la rémunération substantielle par les résultats de l'opération d'aménagement est la condition sine qua non pour la soumission de la passation d'une concession d'aménagement aux conditions de publicité et de mise en concurrence (article R. 300-11 du Code de l'urbanisme).

*25 - (CE, 8 septembre 1995, Commune d'Evreux, req. n° 118010 et CJCE, 3 mars 2005, Fabricom SA c/ Etat belge, aff. N° C-21/03 et C-34/03)*

### • La possibilité d'une procédure simplifiée

L'article R. 300-10 du Code de l'urbanisme prévoit qu'en deçà du seuil de 135 000 €, et pour un apport de terrain de la part de la collectivité inférieur à 10% de l'ensemble des terrains concernés par l'opération, on applique une procédure dite "simplifiée".

Dans ce cas, le concédant peut simplement faire paraître un simple avis d'information faisant mention du nom de concédant et de l'opération, sans envoi à tous les candidats du dossier de consultation, ni même saisine de la commission spéciale de la collectivité prévue à l'article R. 300-8 du Code de l'urbanisme.

### • Les contrats conclus par le concessionnaire d'une opération d'aménagement

L'article L. 300-5-1 du Code de l'urbanisme prévoit que "lorsque le concessionnaire n'est pas soumis au Code des marchés publics ou aux dispositions de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics, les contrats d'études, de maîtrise d'œuvre et de travaux conclus par lui pour l'exécution de la concession sont soumis à une procédure de publicité et de mise en concurrence définie par décret en Conseil d'Etat".

L'article R. 300-12 du même code précise qu'il s'agit du décret du 30 décembre 2005 pris pour l'application de l'ordonnance du 6 juin 2005.

Désormais, ces marchés passés seront soumis à une procédure en deux temps, semblable à celle applicable aux marchés publics, s'attachant à la sélection des candidats sur leurs capacités techniques et financières, puis à la fixation de critères précis pour l'analyse des offres.

### • La participation financière des collectivités

Il ressort de l'article L. 300-5 du Code de l'urbanisme que toute participation financière préférentielle des collectivités sous forme d'apports financiers, en terrains, de participation de plusieurs collectivités, devra être précisée dans le contrat de concession, dans ses modalités comme dans son montant.

La modification du montant de la participation ne pourra se faire que par avenant et ne saurait soustraire l'aménageur de l'aléa financier propre à la réalisation d'une opération d'aménagement.

### • Les prérogatives de puissance publique

Si elles lui sont spécialement attribuées, la Sem, titulaire d'une concession d'aménagement peut bénéficier de prérogatives de puissance publique. Aux termes de l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme, ces pouvoirs consistent dans la possibilité d'acquisition par voie d'expropriation ou de préemption. Bien évidemment, ces prérogatives doivent être confiées par une délibération de l'assemblée délibérante de la collectivité concernée.

Lorsque ces prérogatives sont mises en oeuvre, l'article L. 1524-3 du CGCT précise que la Sem doit dresser chaque année un rapport spécial sur les conditions de leur exercice, le présenter à l'organe délibérant de la collectivité concernée et l'adresser au représentant de l'État dans le département.

## Ce qui reste inchangé par la réforme de 2005

### • Les clauses obligatoires d'une concession d'aménagement

Selon l'article L 300-5 du Code de l'Urbanisme la concession d'aménagement devra comporter, pour tout aménageur, à peine de nullité, des précisions concernant :

- "*L'objet du contrat, sa durée et les conditions dans lesquelles il peut éventuellement être prorogé, ou modifié ;*
- *les conditions de rachat, de résiliation ou de déchéance par le concédant, ainsi que, éventuellement, les conditions et les modalités d'indemnisation du concessionnaire*".

En cas de participations financières du concédant, des dispositions du même article imposent de préciser, à peine de nullité, dans le traité de concession :

- les modalités de la participation du concédant, étant précisé qu'elle peut prendre la forme d'apports en nature ;
- le montant total de cette participation et, s'il y a lieu, sa répartition en tranches annuelles ;
- les modalités du contrôle technique, financier et comptable exercé par le concédant.

En plus de ces dispositions obligatoires applicables à tous les aménageurs, s'ajoutent des dispositions propres aux Sem.
Les dispositions de l'article L. 1523-2 et L. 1523-4 du CGCT sont maintenues à l'égard du Sem et prévoient à peine de nullité :

- "Les conditions dans lesquelles le concédant peut consentir des avances justifiées par un besoin de trésorerie temporaire de l'opération" ;
- "les modalités de rémunération de la société ou du calcul du coût de son intervention, librement négociées entre les parties" ;
- les conditions d'indemnisation en cas de retour gratuit au concédant, en cas de liquidation judiciaire de la Sem, des biens apportés par ce dernier et inclus dans le domaine de la concession.

Selon l'art. 1523-3 du CGCT, les Sem doivent également, contrairement aux autres aménageurs, établir un Compte rendu annuel au concédant (CRAC), même lorsque le concédant ne participe pas financièrement à l'opération

### • L'existence d'un régime d'exonération fiscale

Il résulte de l'article 207-1-6° bis du Code général des impôts (CGI) que les sociétés d'économie mixte chargées de l'aménagement concerté, en application du deuxième alinéa de l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme, sont exonérées de l'impôt sur les sociétés pour les résultats provenant des opérations réalisées dans le cadre des procédures de zone d'aménagement concertées, de lotissements, de zone de restauration immobilière et de zone de résorption de l'habitat insalubre.
Ce texte est complété par les articles 46 bis et 46 ter du CGI.
Il en résulte que cette exonération n'est possible que si l'opération d'aménagement bénéficie d'une convention publique d'aménagement au sens de l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme et si cette opération est réalisée dans le cadre d'une des quatre procédures d'urbanisme précitées.

• L'effet attractif de la notion de marchés publics de travaux

Reste que malgré cette réforme, la concession d'aménagement conserve sa qualité de contrat sui generis. Les conventions d'aménagement peuvent en effet s'apparenter aux concessions de travaux ou de services. Le décret du 31 juillet 2006 s'applique aux concessions qui sont notamment des concessions de travaux. Ces dernières se caractérisent par le fait que le concessionnaire prend en charge le risque, l'aléa inhérent à l'exploitation, contrairement aux marchés de travaux. Quant à savoir si ces concessions sont des marchés publics ou non, la question a été posée, sous forme de question préjudicielle, par le Tribunal administratif de Lyon à la CJCE. Par jugement en date du 7 avril 2005, la juridiction française a demandé à la Cour si "une convention par laquelle un premier pouvoir adjudicateur confie à un second pouvoir adjudicateur la réalisation, dans un but d'intérêt général, d'une opération d'aménagement, dans le cadre de laquelle ce second pouvoir adjudicateur remet au premier des ouvrages destinés à servir ses besoins, et à l'expiration de laquelle le premier pouvoir adjudicateur devient automatiquement propriétaire de ceux des autres terrains et ouvrages qui n'ont pas été cédés à des tiers constitue (…) un marché de travaux au sens des dispositions de l'article 1er de la directive n° 93/37/CE du 14 juin 1993 modifiée".
Précisons qu'il s'agissait d'une convention publique d'aménagement au sens de l'ancien article L.300-4 issu de la loi SRU du 13 décembre 2000, soit antérieure à la réforme.

La Cour conclut dans son arrêt Auroux du 18 janvier 2007 que la convention par laquelle une commune demande à une Sem d'aménagement de créer un pôle de loisirs comprenant un multiplexe cinématographique, des locaux commerciaux, un parc de stationnement public, des réseaux et voies d'accès et des espaces publics **est, au sens de la directive communautaire marchés de travaux, un marché public de travaux dont le seuil se calcule en prenant en compte la valeur totale des travaux réalisés par l'opérateur** (CJCE, 18 janvier 2007, Jean Auroux c/ Commune de Roanne, aff. N° C-220/5).

L'interprétation de la Cour s'est focalisée sur l'objet du contrat plus que sur le devenir des ouvrages en se posant la question de **l'égalité d'accès à la commande publique** que la commune doit s'efforcer de garantir. ("Les concessions d'aménagement sont-elles des marchés publics de travaux au sens du droit communautaire ?", Conclusions de Juliane Kokott, sous CJCE 1ère ch. 18 janvier 2007, Jean Auroux c/ Commune de Roanne, BJDCP, n° 52, pp. 184 et suivantes).

La notion de marché public de travaux est donc **attractive** pour la concession de travaux, et la frontière entre concession et marché public tend ainsi à s'amenuiser sous le coup de la jurisprudence et des évolutions textuelles. Mais les nouvelles dispositions adoptées en 2005 et 2006 ne sont donc toujours pas compatibles avec le droit communautaire au regard de cette décision.

## Les autres contrats

- **La gérance**

La gérence est un contrat qui a longtemps été assimilé à une délégation de service public.

Compte tenu de la définition jurisprudentielle de la délégation de service public, désormais reprise à l'article L. 1411-1 du CGCT, il s'agit désormais d'un marché[26].

En effet, dans ce type de contrat, le gérant (la Sem) assure la gestion du service pour le compte de la collectivité, moyennant une rémunération forfaitaire versée par cette dernière. Il n'assume donc aucun risque financier de l'exploitation du service.

Dès lors, et parce que le gérant n'est pas intéressé au résultat de l'exploitation, son contrat s'apparente à un contrat de prestation de services, dont le mode de passation relève des dispositions du Code des marchés publics.

- **Le bail emphytéotique (BE)**

C'est un mode de gestion particulier, fréquemment utilisé en matière de traitement des déchets ménagers.

Le bail emphytéotique seul est un bail d'une durée comprise entre 18 et 99 ans par lequel le bailleur (la collectivité locale) consent au preneur (la Sem) un droit réel immobilier sur un bien de son domaine public ou privé[27], qui confère notamment au preneur un usage et une jouissance, moyennant une redevance annuelle versée au bailleur.

Le bail emphytéotique, lorsqu'il est associé à une convention d'exploitation non détachable et de même durée (contrat par lequel une collectivité confie à une entreprise – la Sem – l'exécution d'un service public), est considéré comme un mode de gestion d'un service public : il permet à la Sem d'exploiter l'équipement édifié sur les terrains pris à bail. En pareil cas, la Sem se rémunère par l'exploitation du service.

Lorsque le bail emphytéotique est assorti d'une convention d'exploitation non détachable, son attribution à une Sem fera l'objet d'une mise en concurrence, soit en tant que délégation de service public, soit en tant que marché public.

- **Le bail emphytéotique hospitalier (BEH)**

Le gouvernement a lancé en novembre 2002 un plan de modernisation du secteur hospitalier "Hôpital 2007", dont l'un des objectifs est une relance de l'investissement au regard du taux de vétusté élevé des équipements hospitaliers (68 % en 2000).

L'ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003, portant simplification de l'organisation administrative et du fonctionnement du système de santé a été codifiée à l'article L. 6148-1 et suivants du Code de la santé publique et a également modifiée l'article L. 1521-1 du Code général des collectivités territoriales pour permettre aux Sem de "*réaliser des opérations de conception, réalisation, entretien ou maintenance ainsi que, le cas échéant, de financement d'équipements hospitaliers ou médico-sociaux pour les besoins d'un établissement public de santé, d'un établissement social ou médico-social ou d'un groupement de coopération sanitaire*".

26 - *C.E. 7 avril 1999, Commune de Guilherand-Granges, AJDA 1999, p. 517, concl. Bergeal.*
27 - *Bail emphytéotique prévu par l'article L. 1311-2 du CGCT.*

Le régime juridique de ce contrat est également précisé par la circulaire n° DHOS/2003/485 du 13 octobre 2003 relative à l'entrée en vigueur de l'ordonnance et par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat (articles 23 et 24) ainsi que par l'article 153-1 de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de la santé publique.

L'objectif de ce contrat est de confier à un partenaire privé regroupant une équipe de conception/réalisation qui s'engage à réaliser et à financer pour le compte du bénéficiaire de l'opération un ouvrage qu'il va lui livrer clé en mains.
Cela permet à l'Établissement public de santé de se concentrer sur son métier de base, l'activité de soin. Le bail consenti est celui prévu par l'article L. 451-1 du Code rural avec les spécificités de l'article L. 1311-2 du Code général des collectivités territoriales relatif aux baux emphytéotiques administratifs (BEA) des collectivités locales et aux spécificités liées aux BEH de l'article L. 6148-3, 4 et 5 du Code de la santé publique. Le bénéficiaire du bail ne devient propriétaire qu'en fin du bail, même s'il est prévu un mécanisme d'accession à la propriété anticipé et le preneur à bail est rémunéré selon un loyer versé par le bénéficiaire de l'opération en contrepartie de la mise à disposition des ouvrages ainsi réalisés.

Actuellement, on dénombre une vingtaine de baux emphytéotiques hospitaliers conclus sur ce fondement, pour environ une quarantaine de projets lancés, représentant une enveloppe de 1,5 milliards d'euros.
La Mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier, installée en 2004, est chargée d'accompagner techniquement le plan Hopital 2007. En plus du pilotage et du suivi de son plan, la Mission a édité un guide sur la mise en œuvre du bail emphytéotique hospitalier. Dans son rapport pour 2006, elle indique que "la procédure de BEH doit être considérée comme une procédure d'exception qui présente tout son intérêt lorsque plusieurs conditions sont remplies : taille, complexité, transfert de risque, capacité de pilotage d'une procédure, assistants de haut niveau (tant sur le plan juridique, technique, financier), intégration d'un fort volet maintenance-exploitation".

- **Le contrat de partenariat**

Le contrat de partenariat est un nouvel instrument juridique distinct des marchés publics et délégations de service public qui permet au secteur public de recourir au secteur privé pour assurer des prestations globales de longue durée en faisant appel à des montages contractuels complexes. Son régime juridique, défini par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, validée par la loi du 9 août 2004, vient d'être reprécisé par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat.

Il en résulte que ces contrats sont des contrats administratifs par lesquels la personne publique (Etat, collectivités territoriales ou leurs établissements publics) confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée. Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser et peut se voir confier tout ou partie de la conception des ouvrages. La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat.

Les contrats de partenariat ne peuvent être conclus qu'après une évaluation préalable, qui :- Montre ou bien que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, ou bien que le projet présente un caractère d'urgence ;- Expose avec précision les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif, qui l'ont conduite, après une analyse comparative, notamment en termes de coût global, de performance et de partage des risques, de différentes options, à retenir le projet envisagé et à décider de lancer une procédure de passation d'un contrat de partenariat. En cas d'urgence, cet exposé peut être succinct.

Ces deux conditions respectent la décision n° 2003-473 DC du Conseil constitutionnel en date du 26 juin 2003 qui avait jugé que l'ordonnance portant sur les contrats de partenariat ne pouvait déroger au droit de la commande publique ou de la domanialité publique que dans des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache en raison de circonstances particulières ou locales à rattraper un retard préjudiciable ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé.

Dans un arrêt en date du 29 octobre 2004, M. Sueur (req. n° 269814), le Conseil d'Etat reprend cette décision en rejetant les requêtes demandant l'annulation de l'ordonnance du 17 juin 2004. Il a estimé que l'urgence vise une nécessité objective de rattraper un retard particulièrement grave dans un secteur ou une zone géographique déterminés qui affecte la réalisation d'équipements collectifs. Dès lors, un projet ne pourra être qualifié de complexe que si la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou si elle ne peut en établir le montage financier ou juridique. Le Conseil d'Etat a également confirmé d'une part, qu'en vertu de l'article 3 de l'ordonnance, la passation de nouveaux contrats devait être précédée en toute hypothèse d'une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes et d'autre part, qu'elle entrait dans le champ d'application de la nouvelle directive communautaire du 31 mars 2004 sur les marchés publics.

Deux décrets n° 2004-1119, en date du 19 octobre 2004, et n° 2004-1145, en date du 27 octobre 2004, portant respectivement création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat et précisant la procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, ont été adoptés en application de l'ordonnance sur les contrats de partenariat de 2004.

Les décrets n° 2005-953 du 9 août 2005 et n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 sont venus les compléter.

Par ailleurs, les décrets n° 2006-22 du 5 janvier 2006 et n° 2007-1850 du 26 décembre 2007 ont précisé l'obligation de notification aux comptables publics assignataires des créances relatives aux contrats de partenariat, et modifé les seuils applicables aux contrats de partenariat.

**Les nouveaux seuils applicables au 1er janvier 2008** sont désormais de 133 000 € pour les "PPP Etat" issus du décret n° 2004-1145 du 24 octobre 2004, et de 206 000 € pour les "PPP collectivités territoriales" mentionnés à l'article D.1414-1 du Code général des collectivités territoriales.

**Les précisions apportées par la loi du 28 juillet 2008 sont de plusieurs ordres :**
Il est prévu le versement d'une prime à tous les candidats ou à ceux les mieux classés lorsque les demandes de la personne publique impliquent un investissement significatif pour les candidats.

Est également prévue la disparition de l'option entre la délégation de service public et le contrat de partenariat.

Le recours à une procédure négociée est désormais envisageable lorsque le montant du contrat à réaliser est inférieur au seuil rendant obligatoire le recours à une procédure formalisée. La procédure est alors définie librement par la personne publique dans le règlement de la consultation.

Sont précisées les composantes du coût global de l'offre, à savoir : la somme des coûts actualisés générés par la conception, le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages et d'équipements ou de biens immatériels, les prestations de services prévues pour la durée du contrat.

La rémunération du cocontractant est précisée, notamment dans sa partie coûts d'investissement qui intègre en particulier les coûts d'étude et de conception, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires.

La protection des prestataires du titulaire du contrat de partenariat est organisée par la constitution d'un cautionnement auprès d'un organisme financier afin de garantir au prestataire qui en fait la demande le paiement des sommes dues ; les prestations étant payées dans un délai fixé par voie réglementaire.

Une avancée importante a été faite quant à la valorisation du domaine de la personne publique. Pour les biens qui appartiennent au domaine privé, cette dernière peut autoriser le titulaire à consentir des baux dans les conditions du droit privé, en particulier des baux à construction ou des baux emphytéotiques, et à y constituer tous types de droits réels à durée limitée, durée excédant éventuellement celle du contrat de partenariat.

Enfin, il est précisé que la fraction de créance pouvant être cédée par la personne publique ne doit pas excéder 80 % de la rémunération due au titre des coûts d'investissement.

Quant aux procédures de passation, jusqu'à la loi du 28 juillet 2008, lorsque l'urgence était démontrée, la procédure applicable était en principe l'appel d'offre. Si le contrat était justifié par la complexité, la procédure de dialogue compétitif était mise en place.

Cette loi crée un nouveau cas de recours au contrat de partenariat : quand le bilan entre les avantages et les inconvénients est plus favorable que ceux des autres contrats de la commande publique ; aucune précision n'est apportée quant à la procédure à mettre en place.

La nouvelle rédaction de l'article 5 de l'ordonnance démontre que les critères d'éligibilité pour fonder le recours au contrat de partenariat sont désormais distincts des procédures de passation pouvant être menées.

## La Sem "donneur d'ordres"

On entend par Sem "donneur d'ordres", celle qui commande, par le biais d'un contrat, une prestation à une autre personne quelle qu'elle soit. Elle est alors le plus souvent soumise à des procédures spécifiques de passation de ces contrats.

**Toutes les procédures applicables aux Sem par le biais de divers textes ont été supprimées et remplacées par un régime unique depuis la sortie de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 "relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics" et ses décrets d'application n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 et n° 2005-1308 du 20 octobre 2005** réformés par le décret n°2008-1334 du 17 décembre 2008 modifiant diverses dispositions régissant les marchés soumis au code des marchés publics et aux décrets pris pour l'application de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

Les textes et dispositions abrogés sont notamment :

- Titre II de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence à l'exception de ses articles 9, 11, 11-1 et 11-2 ;
- Loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications et son décret d'application n° 93-990 du 3 août 1993 ;
- Article 48-I de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques et son décret d'application n° 93-584 du 26 mars 1993.

Il convient pour une approche exhaustive de cette partie de consulter le guide élaboré par la Fédération des Epl sur les marchés des Sem.

### Les marchés passés par les Sem

#### • La distinction pouvoir adjudicateur / entité adjudicatrice

La notion de pouvoir adjudicateur au sens communautaire correspond à celle de personne publique ou privée soumise à des obligations de mise en concurrence. La répartition entre les notions de pouvoir adjudicateur et d'entité adjudicatrice correspond à la division sectorielle du droit communautaire des marchés publics.
Sont considérés comme pouvoir adjudicateur, l'Etat, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public.

**La notion de pouvoir adjudicateur** est visée par la directive communautaire 2004/18/CE concernant les secteurs classiques, c'est-à-dire l'ensemble des marchés de travaux, de fournitures et de services[28].

*28 - (Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services)*

**La notion d'entité adjudicatrice** correspond quant à elle à la définition des marchés publics dans le secteur de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, donnée par la directive communautaire 2004/17 concernant les secteurs spéciaux anciennement appelés secteurs exclus[29].

La notion de pouvoir adjudicateur permet de soumettre aux obligations de mise en concurrence les activités d'intérêt général exercées par les pouvoirs publics directement ou par le biais d'organismes de droit privé dont elles assurent le contrôle ou le financement.

Pour être qualifié d'organisme public et donc de pouvoir adjudicateur au sens communautaire, trois critères cumulatifs doivent être remplis :

- les organismes créés doivent être dotés de la **personnalité juridique** ;
- ils doivent avoir été créés pour satisfaire les **besoins d'intérêt général** ayant un caractère autre qu'industriel et commercial ;
- leur activité doit être **financée majoritairement** par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, et la gestion est soumise au contrôle de ces derniers ou bien plus de la moitié des groupes des organes dirigeants sont désignés par l'Etat les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

### La notion de pouvoir adjudicateur.

La notion de pouvoir adjudicateur au sens de l'ordonnance du 6 juin 2005 et du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 relatif aux pouvoirs adjudicateurs est explicitement listée. Il s'agit notamment :

- des organismes de droit privé ou de droit public autres que ceux soumis au Code des marchés publics, dotés de la personnalité juridique et qui ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, dans lesquels un pouvoir adjudicateur soumis au Code des marchés publics ou à la présente ordonnance conserve une part majoritaire, soit dans le capital, soit dans la gestion ou le contrôle ;
- des organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique et constitués en vue de réaliser certaines activités en commun par des pouvoirs adjudicateurs soumis au Code des marchés publics, ou à l'ordonnance du 6 juin 2005, ou bien par les deux types de pouvoir adjudicateurs.



*29 - (Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports, des services postaux)*

- **La notion d'entité adjudicatrice**

Cette notion, au sens de l'ordonnance du 6 juin 2005 et du décret d'application n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux entités adjudicatrices, donne également une liste indicative qui comprend notamment :

- les pouvoirs adjudicateurs exerçant une activité d'opérateurs de réseaux tels que l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service public dans le domaine de la production du transport et de la distribution de gaz d'électricité et de chaleur, d'eau potable, de transport par chemin de fer, tramways, trolley-bus, autobus, câbles de la poste ; les achats destinés à assurer l'exploitation des dits réseaux et leur alimentation. De même, les activités relatives à l'exploitation d'une are géographique dans le but de prospecter et d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ; les achats destinés à l'organisation ou à la mise à disposition des transporteurs des aéroports, des ports maritimes ou fluviaux ;
- les entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateurs de réseaux sus mentionnés ;
- les organismes de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'une ou plusieurs des activités sus mentionnées et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques d'exercer ces activités.

## Les différents types de marchés passés par les Sem

Les Sem peuvent conclure des marchés qui consistent en un contrat conclu à titre onéreux avec des opérateurs économiques publics ou privés par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, fourniture ou services.
Cela recouvre les marchés de travaux, les marchés de fournitures, les marchés de services.

Les Sem peuvent également conclure des accords-cadres soit tout contrat conclu entre un pouvoir adjudicateur, ou une entité adjudicatrice, et des opérateurs économiques publics ou privés ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix, et, le cas échéant, les quantités envisagées.

Lorsqu'un marché est mixte, c'est-à-dire qu'il recouvre plusieurs objets, c'est la part prépondérante qui emportera la qualification du marché.

Sont notamment exclus du champ d'application de l'ordonnance du 6 juin 2005 et de ses deux décrets, les marchés "in house".

- **Les procédures de passation**

Les principes fondamentaux issus du Code des marchés publics s'appliquent aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices. Ainsi les marchés et accords cadres conclus par ces derniers seront-ils soumis aux obligations de **liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence de la procédure**.

Dans tous les cas, quel que soit le type de marché choisi, la mise en concurrence se fera au moyen de la publicité. Cette obligation de publicité impose une publicité au JOUE dès lors que les seuils de 206 000 €, pour les pouvoirs adjudicateurs, 412 000 €

pour les entités adjudicatrices dans les marchés de services, et de 5 150 000 € pour les marchés de travaux pour les pouvoirs adjudicateurs comme les entités adjudicatrices sont dépassés (montants des seuils actualisés selon le décret n° 2007-1850 du 26 décembre 2007 modifiant les seuils applicables).

**Le choix de la procédure appliquée pour passer le marché dépendra tout à la fois de la qualité de pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, et du montant du marché envisagé.**

- **Concernant les marchés de travaux**

Pour les pouvoirs adjudicateurs comme pour les entités adjudicatrices, en deçà du seuil de 5 150 000 €, les marchés sont passés selon la procédure adaptée.
Au delà du seuil, il existe pour le pouvoir adjudicateur le choix entre les six procédures suivantes : l'appel d'offres ouvert ou restreint, la procédure négociée, le dialogue compétitif, le concours, l'accord cadre, le système d'acquisition dynamique. L'entité adjudicatrice, quant à elle, aura recours aux mêmes procédures, excepté le dialogue compétitif.

- **Concernant les marchés de fournitures et de services**

Pour les pouvoirs adjudicateurs comme pour les entités adjudicatrices, en deçà du seuil de 206 000 € pour l'un, et de 412 000 € pour l'autre, la procédure adaptée est utilisée pour passer les marchés.
Au delà des seuils sus mentionnés, il existe pour l'un comme pour l'autre les mêmes choix dans les procédures.

Autant de procédures particulières qui font l'objet d'une publication à part entière de la Fédération des Epl intitulée "le guide des marchés des Sem" publiée en janvier 2007.

## Les marchés passés par les Sem au regard des dispositions maintenues

**La loi n° 91-3 du 3 janvier 1991** relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés a transposé les directives communautaires applicables aux marchés de travaux, fournitures et services dans les domaines autres que l'eau, l'énergie, les transports et les télécommunications.

Elle soumet la passation de certains contrats d'organismes privés sous contrôle public, dénommés pouvoirs adjudicateurs, à des règles de publicité et de mise en concurrence.

Le titre II de la loi du 3 janvier 1991 a été abrogé par l'ordonnance du 6 juin 2005, à l'exception de ses articles 9, 11, 11-1 et 11-2.
Selon ces dispositions, les Sem restent soumises à une obligation de publicité dans certains cas et notamment :

- lorsqu'elles passent des marchés de travaux, bâtiments ou génie civil et que la rémunération de l'entrepreneur consiste au droit d'exploiter en tout ou partie l'ouvrage ;
- lorsqu'elles passent des contrats dont le montant est égal ou supérieur à un montant fixé par arrêté du ministre de l'économie.



La sanction du non respect des obligations de publicité et de mise en concurrence

est invocable par toute personne ayant intérêt à conclure le contrat pour les marchés de droit privé. Pour les marchés de droit public, il est fait renvoi à l'article L. 551-1 du Code de justice administrative.
**L'article 48-III de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993** relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques concerne les contrats conclus par les Sem exerçant une activité de construction ou de gestion de logements sociaux.

Avant l'ordonnance du 6 juin 2005, cet article renvoyait aux obligations de publicité et de mise en concurrence issues du Code des marchés publics. Désormais, il renvoie au régime spécifique établi par l'ordonnance.
Les marchés des Sem pour la réalisation de logements sociaux sont tous soumis aux principes de publicité et de mise en concurrence pour la passation et l'exécution de tout type de tâche : contrats de services, travaux, fournitures, maîtrise d'œuvre se rapportant à la gestion, l'entretien et la construction de ces logements.
Le décret d'application n° 93-746 daté du 27 mars 1993 pris en ce sens, a été codifié au Code de la construction et de l'habitation.

En revanche, l'article 1er de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 assimile la Sem à un maître d'ouvrage public lorsqu'elle réalise des logements locatifs aidés par l'État comme maître d'œuvre.

Les missions s'articulent ainsi :

- contrat de maîtrise d'œuvre, décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiée par des maîtrise d'ouvrages publics à des partenaires privés ;
- concours d'architecture et d'ingénierie, décret n° 93-1269 du 29 novembre 1993 ;
- conception et réalisation des travaux, décret n° 93-1270 du 29 novembre 1993.

## Les marchés passés par la Sem dans le cadre d'un mandat

Lorsqu'une Sem agit en vertu d'un mandat délivré dans les conditions prévues par la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, par une personne publique soumise au Code des marchés publics, **la passation des contrats conclus en qualité de mandataire est soumise aux règles applicables à cette personne**.

Cette règle est une stricte application des dispositions de l'article 4 in fine de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 aux termes duquel les règles de passation des contrats signés par le mandataire sont les règles applicables au maître de l'ouvrage, sous réserve des adaptations éventuelles nécessaires auxquelles il est procédé par décret pour tenir compte de l'intervention du mandataire.

De même, l'article 2 du nouveau Code des marchés publics prévoit que les dispositions de ce dernier s'appliquent aux marchés conclus en vertu d'un mandat donné par une des personnes publiques mentionnées au 1er du présent article, sous réserve des adaptations éventuellement nécessaires auxquelles il est procédé par décret.

Les contrats passés par les Sem mandataires devront être conclus conformément aux dispositions du Code des marchés publics, la commission d'appel d'offres compétente pour attribuer le marché étant celle du maître d'ouvrage.

## Les autres contrats passés par les Sem

- **En tant que “donneur d'ordres”**

**En tant que "donneur d'ordres", les Sem ne peuvent pas accorder de conventions de délégations de service public.**

En revanche, elles peuvent, avec l'accord de leur délégant, sous-traiter une partie de la délégation, sans mise en concurrence.

Toutefois, si la Sem sous-traite une partie de la réalisation de l'ouvrage à construire à une personne quelle qu’elle soit, et que cette dernière se rémunère en exploitant l'ouvrage, le sous-traitant sera considéré comme concessionnaire de travaux, au sens de la loi du 3 janvier 1991. Dès lors, le contrat par lequel la Sem sous-traite une délégation de service public dans ces conditions est soumis à une obligation de mise en concurrence communautaire si les travaux sous-traités sont supérieurs à 5 150 000 € H.T.

Ces dispositions ne sont pas applicables aux Sem opérateurs de réseaux, soumises à la loi du 11 décembre 1992 (article 12 de la loi du 3 janvier 1991).

- **Les conventions de mandat de la loi MOP**

L'article 1er de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dite loi MOP, soumet aux dispositions de cette même loi, la réalisation de tous ouvrages de bâtiments ou d'infrastructure ainsi que celle des équipements industriels destinés à leur exploitation dont les maîtres d'ouvrage sont :
*"Les organismes privés d'habitation à loyer modéré, mentionnés à l'article L. 411-2 du Code de la construction et de l'habitation, ainsi que les sociétés d'économie mixte, pour les logements à usage locatif aidés par l'État et réalisés par ces organismes et sociétés".*

La loi MOP précise dans quelles conditions les maîtres d'ouvrage public, notamment les Sem lorsqu'elles réalisent des logements à usage locatif aidés par l'État, peuvent confier leurs attributions à un mandataire qui intervient au nom et pour le compte du maître d'ouvrage.

# Chapitre III

# La vie sociale des Sem

La vie sociale des Sem, aux termes des articles L 1521-1 et suivants du CGCT, est régie par le droit commun des sociétés anonymes sous réserve de dispositions particulières marquant la prédominance des collectivités locales.

Or, le fonctionnement d'une société anonyme, quelle que soit sa structure, s'avère être soumis à un formalisme prégnant destiné à protéger les droits financiers et patrimoniaux des actionnaires. A cet effet, ses dirigeants sont donc astreints dans la gestion des affaires concernant la société au respect des règles impératives issues du Code de Commerce.

L'assujetissement au droit commun des sociétés n'empêche cependant pas que le fonctionnement d'une Sem présente des particularismes afin de prendre en compte le fait que les collectivités locales exercent une responsabilité majeure dans la direction de telles sociétés.

Aussi, tant au niveau du fonctionnement des organes qu'au niveau de la définition du statut des administrateurs, la Sem présente de fortes spécificités issue de l'existence de dispositions dérogatoires du CGCT.

Le statut de l'élu local représentant une collectivité locale actionnaire au sein des organes dirigeants d'une Sem présente ainsi un caractère éminemment dérogatoire au droit commun applicable aux dirigeants de sociétés puisque la spécificité de sa fonction d'élu sera prise en compte.

## L'assemblée générale des actionnaires

À l'instar de l'ensemble des sociétés commerciales, l'actionnaire d'une Sem est largement associé à la vie sociale de la société par l'exercice de son droit de vote lors des assemblées générales d'actionnaires.

À ce titre, l'assemblée générale des actionnaires est communément désignée comme l'organe souverain des sociétés commerciales.

Composée de l'ensemble des actionnaires (titulaires d'actions au jour de la réunion), elle est en principe convoquée par le conseil d'administration ou le directoire sur un ordre du jour arrêté par l'auteur de la convocation.

L'assemblée générale peut également être convoquée : "*1° par les commissaires aux comptes ; 2° Par un mandataire, désigné en justice, à la demande, soit de tout intéressé en cas d'urgence, soit d'un ou plusieurs actionnaires réunissant au moins 5 % du capital social, soit d'une association d'actionnaires répondant aux conditions de l'article L. 225-120 ; 3° Par les liquidateurs ; 4° Par les actionnaires majoritaires en capital ou en droits de vote après une offre publique d'achat ou d'échange ou après une cession d'un bloc de contrôle*".

Enfin, l'article L. 225-105 du Code de commerce prévoit la possibilité pour un actionnaire représentant plus de 5 % du capital social de déposer des projets de résolution à l'ordre du jour de l'assemblée générale des actionnaires.
Les dispositions de l'article R. 225-71 du Code de commerce réduisent, dans les sociétés dont le capital est supérieur à 750 000 €, le montant total du pourcentage de capital à détenir pour diposer de la possibilité d'être à l'initiative de résolutions.

La convocation à l'assemblée est effectuée soit par une insertion dans un journal d'annonces légales du département du siège social ou au Bulletin des annonces légales obligatoires, par un envoi postal, et dès lors que les statuts le permettent, par un moyen électronique de télécommunication[30]. Lorsque toutes les actions sont nominatives, ce qui est obligatoirement le cas en application des dispositions de l'article L. 2253-2 du CGCT dans les sociétés d'économies mixtes locales, il sera alors également possible de convoquer chaque actionnaire par lettre simple ou recommandée avec accusé de reception ou enfin, par un moyen éléctronique de communication.

Les convocations doivent être adressées dans un délai minimum de quinze jours précédant la date de l'assemblée, ce délai est abaissé à six jours pour la convocation suivante.

Ce délai est destiné à permettre aux actionnaires de prendre toutes les dispositions nécessaires en vue des scrutins à venir sur les résolutions présentées à l'ordre du jour.

À cet effet, la collectivité actionnaire, convoquée à une assemblée générale, peut donner à son représentant des instructions précises de vote sur les résolutions à prendre et dont elle a connaissance par l'ordre du jour.

Les assemblées d'actionnaires peuvent être des assemblées générales d'actionnaires dites ordinaires ou des assemblées générales d'actionnaires dites extraordinaires.



*30 - Articles 20 à 24, 27 du décret n° 2002-803 du 3 mai 2002, portant application de la troisième partie de la loi sur les nouvelles régulations économiques, modifiant le décret du 23 mars 1967)*

**L'assemblée générale ordinaire** se réunit au moins une fois par an, dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice comptable. Aux termes des dispositions de l'article L. 225-100, alinéa 9, du Code de commerce, "*elle délibère et statue sur toutes les questions relatives aux comptes annuels*…" Ainsi, et pour ne retenir que l'essentiel, elle approuve les comptes, décide de la distribution des bénéfices, nomme les commissaires aux comptes et d'une manière générale prend toutes les décisions ne modifiant pas les statuts de la société, sur la base d'une part des rapports présentés par le Conseil d'administration ou le directoire et d'autre part sur les comptes annuels,

La validité des délibérations de l'assemblée générale ordinaire est subordonnée, pour la première convocation au respect d'un quorum. Les actionnaires présents ou représentés doivent posséder au moins le cinquième des actions ayant droit de vote. Mais à la deuxième convocation, aucun quorum n'est exigé.. Ce quorum doit être vérifié à l'occasion du vote de chaque résolution de l'assemblée, ce qui suppose donc la présence des actionnaires pendant toute la séance.

Les résolutions de l'assemblée générale ordinaire sont adoptées à la majorité simple des voix des actionnaires présents ou représentés. Elles devront être transmises, dans les 15 jours de leur adoption, au représentant de l'État dans le département où se trouve le siège social de la société (cf contrôle).

**L'assemblée générale extraordinaire** se réunit dès lors qu'il y a une volonté de modifier les statuts de la société puisque, en application de l'article L. 225-96 du Code de commerce, elle est seule habilitée à le faire.

Elle est à ce titre compétente, notamment, pour décider d'une augmentation ou d'une réduction du capital social de la société, d'une modification de l'objet social de la société. Elle décide également d'une approbation d'une fusion ou d'une scission.

Pour les Sem, l'assemblée générale extraordinaire ne peut toutefois pas valablement décider d'une augmentation de capital ayant pour effet un dépassement du plafond de 85 % du capital social susceptible d'être détenu par les collectivités locales ou d'une réduction du capital ayant pour effet de faire passer la part du capital social détenue par les collectivités locales en dessous du seuil de 50 % (plus une action).
De même, l'assemblée extraordinaire ne peut valablement décider de modifier l'objet social que dans la limite des compétences des collectivités actionnaires.

Désormais, au terme du 3ème alinéa de l'article L. 1524-1 du CGCT, la validité de l'accord du représentant sur la modification portant sur l'objet social, la composition du capital ou les structures dirigeantes d'une Sem est conditionnée par l'existence d'une délibération préalable de chaque assemblée délibérante des collectivités territoriales ou groupement, actionnaires, approuvant la modification.

La validité des décisions de l'assemblée générale extraordinaire est également subordonnée au respect d'un quorum imposant le fait que les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins le quart des actions ayant le droit de vote, et sur seconde convocation, le cinquième des actions. Les résolutions de l'assemblée générale extraordinaire sont adoptées à la majorité des deux tiers des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés.

L'article L. 1522-1 du CGCT fait obligation aux collectivités de détenir plus de la moitié des voix dans les assemblées délibérantes. Cependant, aucune disposition n'impose que les collectivités, présentes ou représentées lors de la tenue des assemblées générales, représentent la majorité du quorum nécessaire à la tenue de ces assemblées.

Pour éviter la situation où, en l'absence de représentants des collectivités locales, une majorité contraire aux intérêts des collectivités actionnaires se constitue, il est recommandé d'inclure dans les statuts une disposition précisant que la tenue des assemblées est conditionnée par la présence au quorum d'une majorité des représentants des collectivités.

Les résolutions de l'assemblée générale extraordinaire devront être transmises dans les 15 jours de leur adoption au représentant de l'État dans le département où se trouve le siège social de la société

## Les organes de gestion

Conformément aux dispositions du Code de commerce, une Sem peut être gérée selon deux structures de gestion :

- une société de type moniste dotée d'un conseil d'administration, lequel élit en son sein un président ;
- une société de type dualiste, dotée d'un directoire et d'un conseil de surveillance.

La distinction entre ces deux structures de gestion repose initialement sur le fait que le législateur a entendu dissocier, dans la société de type dualiste, les fonctions de direction et de contrôle alors qu'elles peuvent être confondues dans la société de type moniste.

Toutefois, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001, dite loi NRE, la confusion des fonctions de direction et de gestion est désormais moins systématique dans les sociétés à conseil d'administration.

Il convient également de préciser que le choix opéré par les statuts sur ce point n'est pas définitif. En effet, il est possible, sous la réserve bien entendu de respecter les règles fixées par les dispositions légales, de passer d'un type de structure à un autre (voir infra : le changement dans les organes de gestion).

### La structure classique de type moniste

**Le conseil d'administration**, aux termes de l'article L. 225-17 du Code de commerce, est composé de 3 membres minimum à 18 membres maximum, et ne délibère valablement que si la moitié au moins de ses membres sont présents. Les décisions sont prises, sauf disposition contraire figurant dans les statuts, à la majorité des membres présents ou représentés.

Les administrateurs ne représentant pas les collectivités (membres du conseil d'administration) sont nécessairement actionnaires de la société (à l'exception des administrateurs salariés) et sont communément désignés par l'assemblée générale constitutive ou ordinaire.

Cependant, l'article L. 1524-5 du CGCT déroge au droit commun en ce qui concerne la désignation des administrateurs représentant les collectivités puisqu'il dispose que chaque collectivité actionnaire a droit au moins à un représentant au conseil d'administration (ou au conseil de surveillance), désigné en son sein par l'assemblée délibérante concernée .

Il doit être précisé que, dans les Sem gérant des logements sociaux, le conseil d'administration comprend obligatoirement, conformément à l'article L. 481-5 du Code de la construction et de l'habitation des représentants des locataires qui disposent d'une voix consultative. Le décret du 13 septembre 2002, partiellement codifié aux articles R. 421-8, R. 421-58 et R. 422-2-1 du Code de la construction et de l'habitation définissent les modalités d'application de cette disposition.

Le rôle du conseil d'administration est fixé par l'article L. 225-35 du Code de commerce. Il détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre, il se saisit des questions intéressant la bonne marche de la société, règle les affaires concernant la société et il procède enfin aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns.

**Il ne dispose pas des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société.** C'est pourquoi, il doit s'abstenir d'empiéter sur les pouvoirs expréssement attribués à d'autres organes de la société.

Il dispose toutefois de prérogatives propres telles que convoquer les assemblées générales et fixer leur ordre du jour, établir les comptes sociaux et le rapport annuel de gestion, nommer et révoquer le président, le directeur général et les directeurs généraux délégués, ou encore autoriser les conventions passées entre la société et l'un de ses dirigeants, administrateurs ou actionnaires disposant de plus de 10 % des droits de vote.
Ses délibérations devront être transmises, dans les 15 jours de leur adoption, au représentant de l'Etat dans le département où se trouve le siège social de la société.

Dans les sociétés anonymes, **le président du conseil d'administration** est élu parmi les membres du conseil et doit être à peine de nullité une personne physique.

Cependant, le CGCT prévoit très explicitement dans ses articles L. 2253-5 pour la commune, L. 3231-8 pour le département, L. 4253-4 pour la région, la possibilité pour une collectivité locale, personne morale, d'avoir la qualité de président du conseil d'administration (ou du conseil de surveillance) d'une société anonyme dont elle est actionnaire.
Ces dispositions du CGCT sont dérogatoires au droit commun des sociétés.

En conséquence, lorsqu'une collectivité désigne, au sein de son assemblée délibérante, ses représentants au conseil d'administration ou au conseil de surveillance d'une Sem, elle peut donner mandat à l'un d'entre eux de présenter la candidature de la collectivité aux fonctions de président du conseil et le charger d'exercer, en son nom, ces fonctions.

**Le président** du conseil d'administration assume une **double mission**, précisée à l'article L. 225-51 du Code de commerce.

D'une part, il représente, organise (et à ce titre convoque) et dirige le conseil d'administration, ce dont il rend compte à l'assemblée générale. D'autre part, il veille au bon fonctionnement des organes de la société et vérifie notamment, à ce titre, que les administrateurs sont en mesure de remplir leurs missions.

Il peut également, alors que les fonctions de présidence du conseil d'administration et de direction générale de la société sont aujourd'hui clairement dissociées, assumer la direction générale de la société, ainsi qu'il en est prévu par les dispositions de l'article L. 225-51-1 du Code de commerce. Dans ce cas, il cumule alors les fonctions de président et celles de directeur général.

Les fonctions de **direction générale** de la société sont exclusivement assumées par le **directeur général**, qui, aux termes de l'article L. 225-56 du Code de commerce, est seul investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. C'est donc lui qui r**eprésente la société** dans ses rapports avec les tiers, et non le président, et ce, sauf hypothèse de cumul des fonctions de président et direction générale.

Mais il exerce ses fonctions dans la limite de l'objet social de la société, sans pouvoir empiéter sur les pouvoirs attribués aux assemblées d'actionnaires et au conseil d'administration.

Ses pouvoirs peuvent être limités par des dispositions statutaires ou par des autorisations du conseil d'administration. Ainsi, il est tout à fait possible de prévoir une autorisation préalable du conseil d'administration par exemple avant toute signature d'engagement de cautions, avals ou garanties au nom de la société, au dessus d'un certain montant. Toutefois, ces limitations sont inopposables aux tiers.

Si la direction générale est assumée par un directeur général distinct du président, celui-ci est nommé par le conseil d'administration. Le président n'a pas de pouvoir de proposition.

Le directeur général pourra être choisi parmi les membres du conseil d'administration (autres que les élus) ou en dehors d'eux.

Le directeur général peut être assisté de **directeurs généraux délégués**, dont le nombre est fixé par les statuts, dans la limite de cinq. Nommés par le conseil d'administration sur proposition du directeur général, les directeurs généraux délégués ont des pouvoirs arrêtés par le conseil d'administration en accord avec le directeur général et pour une durée déterminée. Les directeurs généraux délégués disposent, à l'égard des tiers, des mêmes pouvoirs que le directeur général.

- **Règles relatives au cumul de fonctions avec un contrat de travail**

Il convient d'examiner ici comment peut se cumuler un contrat de travail avec les fonctions d'administrateur, de directeur général, de directeur général délégué

• Contrat de travail et fonction d'administrateur

L'article L. 225-22 du Code de commerce précise qu'"*un salarié de la société ne peut être nommé administrateur que si son contrat de travail correspond à un emploi effectif. Il ne perd pas le bénéfice de ce contrat de travail (…) Le nombre des administrateurs liés à la société par un contrat de travail ne peut dépasser le tiers des administrateurs en fonction*".

La condition essentielle pour pouvoir cumuler les fonctions d'administrateur et de salarié d'une Sem réside donc dans le fait de pouvoir justifier d'un **emploi effectif** au sein de la structure. Cette condition a pour objet de garantir le **caractère réel et sérieux du contrat de travail**, ce qui implique a minima, au moment de la nomination :

- des fonctions salariées déterminées avec précision, et nécessitant une technicité particulière permettant de les distinguer du mandat social ;
- un véritable lien de subordination à l'égard de la société, c'est-à-dire que le travail correspondant à l'emploi salarié s'exerce sous l'autorité et le contrôle de celle-ci ;
- une rémunération distincte pour l'emploi salarié de celle du mandat social. La rémunération doit être normale pour les fonctions salariées exercées. Une rémunération excessive ou dérisoire peut faire douter de la réalité du contrat de travail ;
- l'absence de fraude à la loi. En d'autres termes, seront illicites les contrats ayant pour objet de faire échec à la révocabilité des mandataires sociaux ou d'assurer au mandataire un statut injustifié de salarié.

Il est important de remarquer que les dispositions légales réservent cette possibilité aux seuls salariés **déjà titulaires**, au moment de leur nomination comme administrateur, d'un contrat de travail. **En d'autres termes, ces dispositions ne pourront être utilisées pour permettre de signer un contrat de travail avec un administrateur déjà désigné**, la passation d'un tel contrat étant, en tout état de cause, interdite par les dispositions légales.

Ainsi, un salarié de la Sem, qui se présente aux élections et est élu maire de sa commune, peut être désigné comme administrateur, représentant la collectivité, et conserver son contrat de travail, sauf si son emploi de salarié lui donne une influence prépondérante dans la société. Il risquerait alors d'être qualifié d'entrepreneur de service municipal et à ce titre devenir inéligible.

En revanche, s'il est désigné président-directeur de la Sem, le lien de subordination disparaît, puisqu'il devient dirigeant social. En pareil cas, le contrat de travail du salarié est suspendu pendant le temps d'exercice du mandat social. A l'expiration de celui-ci, ou en cas de révocation de l'administrateur, le salarié retrouve son contrat de travail. Si la société souhaite mettre fin au contrat de travail, elle devra licencier le salarié qui bénéficiera de tous ses droits, notamment du délai-congé, de l'indemnité de licenciement, le cas échéant, de l'indemnité pour licenciement non fondé sur une cause réelle et sérieuse.

#### • Contrat de travail et fonction de directeur général

Le cumul d'un contrat de travail et d'un poste de directeur général n'a pas été prévu par la loi.

Il ne sera admis que sous la réserve de correspondre à un **emploi effectif, distinct des fonctions de direction générale.**

De fait, et au regard de la nature des fonctions exercées par un directeur général et notamment de son pouvoir de direction, la situation est un peu plus complexe que pour les administrateurs. La possibilité de cumul dépendra alors essentiellement de l'activité salariée exercée.

Pour exemple, si l'on prend l'hypothèse d'un directeur commercial qui est nommé directeur général, le cumul peut se concevoir, dès lors qu'il continue à exercer ses fonctions salariées de façon parfaitement distincte de ses fonctions de direction générale. Il en est de même pour tout salarié qui exercerait ses fonctions sur un poste purement technique, dès lors qu'il ne bénéficie d'aucune délégation.

Cette situation de cumul ne semble, en revanche, guère possible lorsque les fonctlons de salarié sont par exemple la direction financière ou administrative de la société. Les fonctions, qui sont ainsi exercées, sont souvent un démembrement de la direction générale. L'état de subordination disparaît.

Dans ce cas, il doit fait application de la suspension du contrat de travail, vue précédemment.

• Contrat de travail et fonction de directeur général délégué

Le cumul entre un contrat de travail et des fonctions de directeur général délégué semblerait, en revanche, possible dans la mesure où le lien de subordination peut subsister s'il ne dispose pas de l'intégralité des pouvoirs du directeur général. Mais cette situation ne peut jamais exister pour un élu.

**Il doit, à ce titre, être rappelé que l'article L. 1524-5 al. 9 du CGCT ne vise aucunement les fonctions de direction générale exercées independamment de la fonction de président, ni celles de directeur général délégué. Le cumul, pour un élu, d'un emploi salarié et de ces fonctions ne peut donc être envisagé, sous peine de voir l'élu considéré comme entrepreneur de service municipal, au sens du Code électoral.**

- **Règles relatives aux délégations de pouvoirs**

Le conseil d'administration peut donner à un ou plusieurs de ses membres ou à des tiers, actionnaires ou non, tous mandats spéciaux pour un ou plusieurs objets déterminés, **relevant de sa compétence** en application des dispositions de l'article R. 225-29 du Code de commerce.

Ainsi, il peut déléguer un administrateur dans les fonctions de président pour une durée limitée. Cette délégation est renouvelable. En cas de décès, elle vaut jusqu'à l'élection du nouveau président.

Il convient de rappeler que la loi ne prévoit pas la possibilité de nommer des vice-présidents. La vice-présidence est un titre honorifique. Sauf à se voir titulaire d'une véritable délégation telle que visée précédemment, le vice-président ne reçoit en cette qualité que le pouvoir de présider les séances du conseil d'administration en l'absence du président.

## La structure de type dualiste avec directoire et conseil de surveillance

**Le conseil de surveillance** est composé, de 3 membres minimum à 18 membres maximum, en fonction des statuts.

Les membres du conseil de surveillance sont nécessairement actionnaires de la société et sont désignés par l'assemblée générale ordinaire.

Comme les administrateurs du conseil d'administration, les membres du conseil de surveillance peuvent, dans la limite du tiers des membres en fonction, cumuler leur mandat avec un contrat de travail dans la société (article L. 225-85 al. 1 du Code de commerce). Les conditions du cumul sont un emploi effectif et un véritable lien de subordination à l'égard de la société. Pour autant, le nombre de membre du conseil de surveillance lié par un contrat de travail ne peut dépasser le tiers.

Si le conseil de surveillance fonctionne comme le conseil d'administration, il ne dispose toutefois pas des mêmes pouvoirs.
Son rôle est limité au contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire ainsi qu'à la délivrance de certaines autorisations (cession d'immeuble par nature, cession totale ou partielle de participations, constitution de suretés, cautions, avals et garanties). Pour ce faire, il opère les vérifications qu'il juge opportunes et peut se faire communiquer tous les documents qu'il juge utiles à l'accomplissement de sa mission.

Le conseil de surveillance élit en son sein un président et un vice-président (article L. 225-81 du Code de commerce) chargés de convoquer le conseil et d'en diriger les débats.

**Le directoire** est composé de 5 membres au plus, qui sont nommés par le conseil de surveillance, dont ils ne peuvent faire partie. Pour les sociétés dont le capital social est inférieur à 150 000 €, le directoire peut n'être composé que d'une seule personne qui prend le titre de directeur général unique.

Le directoire dispose des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans les limites de l'objet social de la société et sous réserve des pouvoirs expressément attribués au conseil de surveillance et aux assemblées d'actionnaires.

Le directoire exerce donc les fonctions de direction générale de la société. Toutefois, seul le président du directoire, nommé par le conseil de surveillance et non par les autres membres du directoire, ou le directeur général unique ont qualité pour représenter la société.

Il convient ici d'apporter une précision importante. Certaines dispositions du CGCT prévoient qu'une commune, un département ou une région peuvent être membres du directoire[31].

Toutefois, les collectivités doivent proscrire un tel choix qui fait peser sur les élus un risque d'inéligibilité au titre d'une qualification d'entrepreneur de service municipal, départemental ou régional, du fait de leur participation au directoire que le Conseil d'Etat estime être une intervention à titre personnel et non en qualité de représentant de la collectivité.

*31 - C.E. 18 décembre 1996, Elections municipales de Gérardmer, req. n° 174097, D.A. 1997, n° 64, note M.-Y.*

## Les changements au cours de la vie de la Sem

Dans ce cadre seront successivement abordés le changement d'actionnaire, le changement dans la structure des organes dirigeants.

### Le changement d'actionnaires

Le changement d'actionnaires peut intervenir suite au retrait ou à l'entrée au capital de la Sem, tant d'une collectivité territoriale ou d'un groupement, que d'un actionnaire privé.

Mais le changement d'actionnaires peut également s'opérer **suite à un transfert de compétences**.

En application de l'article L. 1521-1 du CGCT, une commune actionnaire d'une Sem dont l'objet social s'inscrit dans le cadre d'une compétence qu'elle a transférée à un établissement public de coopération intercommunale (EPCI), peut continuer à participer au capital de la Sem "à la condition qu'elle cède à l'établissement public de coopération intercommunale plus des deux tiers des actions qu'elle détenait antérieurement au transfert de compétences".

Le législateur semble donc avoir entendu faire bénéficier de ces dispositions les seules communes actionnaires de Sem, à l'exclusion des départements, régions ou encore groupements.

Cette dérogation est toutefois précise et limitée à la seule adhésion à un EPCI. Ainsi, une commune qui adhère à un syndicat mixte ouvert, lequel n'est pas un EPCI, ne peut se maintenir au capital de la Sem.

Plusieurs précisions doivent être apportées, au regard de la procédure à suivre s'agissant :

- des délibérations préalables des collectivités ;
- de la désignation des représentants ;
- de l'agrément en cas de cession d'actions à un EPCI non encore actionnaire.

Tout d'abord, s'agissant de la délibération préalable de la collectivité, la cession de plus des deux tiers des actions, même entre actionnaires, doit s'analyser, au sens de l'article L. 1524-1 al. 3 du CGCT comme une modification de la composition du capital social.

En effet, soit l'EPCI n'est pas encore actionnaire de la Sem, il y aura donc modification substantielle de l'actionnariat. Soit l'EPCI est déjà membre de la Sem, auquel cas, on peut admettre qu'il y a modification de la composition du capital social, dans la mesure où les sièges et les pouvoirs au sein de la Sem seront répartis différemment.

Il convient de rappeler que toute modification dans la composition du capital suppose, pour que la décision de l'assemblée générale soit valable, une délibération préalable de chaque collectivité ou groupement. La loi du 2 janvier 2002 a complété l'article L. 1524-1 par un alinéa 3 rappelant "*qu'à peine de nullité, l'accord du représentant d'une collectivité territoriale ou d'un groupement sur la modification portant…sur la composition du capital… ne peut intervenir*" sans cette délibération préalable, laquelle assortie du projet de modification, est transmise au représentant de l'Etat et soumise au contrôle de légalité.

**Ensuite, il doit être procédé à la désignation des représentants et ou à la modification de la représentation des collectivités au sein des organes de la Sem.**

La Commune, avant la cession des deux tiers de ses actions dispose au sein de la Sem, d'une représentation à hauteur de sa détention totale d'actions. Il convient donc de réduire le nombre des représentants à hauteur de la nouvelle détention d'actions. Deux hypothèses sont alors envisageables :

- soit la commune révoque les représentants en surnombre ;
- soit ceux-ci démissionnent de leur poste d'administrateur. La démission sera alors notifiée à la société. L'assemblée ne peut refuser la démission. Il convient de noter que la démission ne sera opposable aux tiers qu'après accomplissement des formalités de publicité (dépôt au greffe).

L'EPCI devra également désigner des représentants. Soit il était déjà actionnaire, et il devra désigner de nouveaux représentants à hauteur de sa nouvelle détention de capital, soit il n'était pas actionnaire, et devra désigner l'intégralité de ses représentants.

Il convient également d'envisager l'hypothèse selon laquelle la commune, représentée par un élu, était président de la Sem. Après la cession des actions, il est possible que la volonté des actionnaires se porte sur un changement de présidence. Dans ce cas, il conviendra de procéder préalablement à une démission de la présidence, pour que le conseil d'administration puisse ensuite désigner le nouveau président.

Une réflexion doit être menée lorsque les fonctions de présidence et de direction générale sont ne sont pas dissociées.

**Enfin, concernant l'agrément en cas de cession d'actions à un EPCI non encore actionnaire**, selon les statuts, l'organe compétent pour statuer sur l'agrément peut être l'assemblée générale ordinaire ou extraordinaire, ou plus fréquemment le conseil d'administration.

Toutefois, il faut bien admettre que cet organe n'a pas véritablement le choix, dans la mesure où la cession est imposée par l'article L. 1521-1 du CGCT. Si la décision de l'organe s'avérait être un refus d'agrément, il semble que la conséquence en serait l'obligation pour la commune de se retirer de la Sem et à défaut de conserver une participation publique majoritaire, la dissolution de la Sem.

Se pose la question de savoir si, en pur droit des sociétés, les actionnaires de la Sem sont obligés d'accepter une substitution de plein droit de la commune par un EPCI. Pour éviter ce problème, il est possible de limiter la clause d'agrément à certaines actions et certains cas particuliers, tel le transfert de compétence.

À la suite du transfert des actions, **le rôle de la commune après cession de plus des deux tiers de ses actions doit être précisé**. Certes, la commune participe à la vie de la Sem, et prend part aux décisions. Toutefois, elle ne disposera, en aucun cas, d'une minorité de blocage.

Par ailleurs, les questions qui se posent sont d'ordre financier.
D'une part, concernant les aides à la structure :

- les apports en compte courant peuvent être admis comme possibles au profit de la Sem, la commune ne jouant que son rôle d'associé ;
- l'augmentation de capital ne doit pas tendre à permettre à la collectivité de remonter son niveau de détention de capital en discordance avec l'EPCI. Cette action ne semble pas être pertinente.

D'autre part, concernant les aides aux activités, la commune n'ayant plus la compétence, elle ne peut aider la Sem.

## Le changement dans la structure des organes dirigeants

### La dissociation ou le regroupement des fonctions de Président, Directeur Général

Le cumul ou la dissociation des fonctions de présidence et de direction générale ressort de la compétence du conseil d'administration, dans les conditions définies par les statuts.

Le conseil d'administration n'est, en aucun cas, lié par son choix initial.

Dans le cadre des conditions définies par les statuts qui peuvent tout à fait encadrer le passage d'un mode de direction à un autre (notamment par des conditions de durée d'une option, ou de possibilité de modification lors de chaque expiration des mandats du directeur général ou du renouvellement du président du conseil d'administration), il peut, à tout moment, changer de mode de direction de la société.

Il paraît ainsi conseillé, par exemple, lors d'un remaniement du conseil d'administration, d'informer les membres des modes de direction possibles et de les appeler à se prononcer sur la poursuite du mode en place ou sur son changement.

Si le conseil d'administration n'envisage pas de modifier la structure en place, le texte n'impose pas qu'il délibère en ce sens. Cependant, il est conseillé de le faire délibérer afin de confirmer la structure existante par une décision expresse. En pareil cas, aucune délibération préalable de la collectivité n'est nécessaire à l'accord de son représentant.

En revanche, si le conseil d'administration envisage la dissociation des fonctions, l'accord du représentant de la collectivité ou du groupement ne pourra intervenir qu'après une délibération préalable de son assemblée délibérante approuvant la modification.

L'ordre du jour d'un futur conseil d'administration prévoira, dans ce cas, la modification de la structure des organes dirigeants.

À défaut de cette délibération préalable, l'accord du représentant est nul, ainsi que le rappelle l'article L. 1524-1 al. 3 du CGCT.

### Le passage d'une structure de type moniste à une structure dualiste

Le choix d'un mode de gouvernance de type moniste ou dualiste peut n'être pas définitif. En effet, il est possible, sous la réserve, bien entendu de respecter les règles fixées par les dispositions légales de passer d'un type de structure à un autre. Reste qu'une telle modification apparaît, pour les Sem, relativement théorique.

La Sem étant une personne morale de droit privé, son personnel relève, par principe, du droit privé. Sans que ce principe ne soit remis en cause, la Sem peut s'adjoindre les services de personnels soumis au droit public.

## La soumission du personnel des Sem au droit privé

### Application du droit commun du travail

Le régime juridique applicable au personnel des Sem relève du droit privé et, plus précisément, du droit commun du travail. Les contrats individuels de travail conclus entre ces sociétés, personnes morales de droit privé et leurs salariés sont toujours soumis au droit privé et les litiges nés des rapports de travail relèvent de la compétence des juridictions judiciaires.

Du fait de leur qualification d'organismes de droit privé, les Sem entrent dans le champ d'application du régime des conventions et accords collectifs de travail, en application de l'article L. 131-2 du Code du travail. La convention collective applicable est celle relative au secteur d'activité principal de chaque Sem.

Enfin, il convient de noter que les Sem prennent parfois des décisions unilatérales d'effet général en vue de fixer les conditions applicables à l'ensemble de leur personnel et qui portent sur l'organisation d'un service public. Ces décisions sont assimilées à des actes réglementaires soumis au contrôle du juge administratif.

### Le point sur le plan d'épargne d'entreprise, l'intéressement et la participation des salariés aux résultats

- **Le plan d'épargne d'entreprise**

Le plan d'épargne d'entreprise est un système d'épargne collectif qui permet aux salariés d'une entreprise de participer avec l'aide de celle-ci à la constitution d'un portefeuille de valeurs mobilières (art. L. 443-1 et suivants du Code du travail). Il peut être établi dans toute entreprise à l'initiative de celle-ci ou en vertu d'un accord avec le personnel. Les valeurs mobilières émises par la Sem sont souscrites ou acquises soit individuellement, soit par le l'intermédiaire d'un fond de placement.
Les présidents, directeurs généraux, gérants ou membres du directoire peuvent participer à un plan d'épargne d'entreprise même s'ils ne bénéficient pas d'un contrat de travail, à condition que l'effectif habituel de leur entreprise n'excède pas 100 salariés (art. L. 443-1 al. 3).

Il peut être procédé à une augmentation de capital réservée aux adhérents d'un plan d'épargne d'entreprise selon des modalités spécifiques prévues par les articles L. 225-138-1 du Code de commerce.

Par ailleurs, d'après l'article L. 225-129-6 al. 1 du Code de commerce dans sa version issue de l'article 42 de la loi du 26 juillet 2005, lors de toute décision d'augmentation du capital par apport en numéraire, sauf si elle résulte d'une émission au préalable de valeurs mobilières donnant accès capital, l'assemblée générale extraordinaire doit se prononcer sur un projet de résolution tendant à réaliser une augmentation de capital réservée aux salariés adhérant à un plan d'épargne d'entreprise.
Cette obligation de consultation des actionnaires est prévue à peine de nullité de la délibération de l'assemblée générale extraordinaire (dernier alinéa de l'article L. 225-149-3 du Code de commerce).

En outre, l'article L. 225-129-6 al. 2 du Code impose que l'assemblée générale extraordinaire soit convoquée tous les trois ans pour se prononcer sur un projet de résolution tendant à réaliser une augmentation de capital dans les conditions prévues à l'article L. 443-5 du Code si, au vu du rapport présenté à l'assemblée générale par le conseil d'administration ou le directoire en application de l'article L. 225-102, les actions détenues par le personnel de la société et des sociétés qui lui sont liées au sens de l'article L. 225-180 représentent moins de 3 % du capital.

Lorsque les salariés bénéficiaires du plan d'épargne d'entreprise sont regroupés dans un fonds commun de placement, les règles à respecter sont celles du fonds commun de placement.

- **L'accord d'intéressement des salariés**

L'article L. 441-1 du Code du travail prévoit que l'intéressement des salariés à l'entreprise peut être assuré dans toute entreprise qui satisfait aux obligations lui incombant en matière de représentation du personnel, quelles que soient la nature de son activité et sa forme juridique, par un accord valable pour une durée de trois ans.

- **La participation aux résultats**

Lorsque l'entreprise comprend au moins cinquante salariés, elle est tenue de garantir la participation des salariés aux résultats de l'entreprise dans les conditions définies par les articles L. 442-1 et suivants du Code du travail. Une réserve spéciale de participation doit être constituée.

Les entreprises qui ne sont pas soumises à l'obligation de mettre en œuvre ce régime de participation peuvent toutefois s'y soumettre volontairement, selon les modalités prévues par les articles L. 442-15 et suivants du Code du travail.

## Les règles communes relatives au personnel soumis au droit public

Les Sem peuvent, dans certains cas, s'adjoindre les services d'agents publics ou de fonctionnaires. Toutefois, les activités privées de ces derniers et les cas dans lesquels ils peuvent être "employés" par une entreprise privée sont très strictement encadrées.

### Aperçu des règles de cumul d'activités privées et publiques

Les fonctionnaires (comme les non titulaires de droit public) doivent en principe consacrer l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées au sein de leur administration.

En conséquence, ils ne peuvent exercer à titre professionnel une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit et, plus généralement, prendre un quelconque intérêt dans une entreprise privée (article 25 de la loi n° 83-634 portant droits et obligations des fonctionnaires).

Il convient tout d'abord de relever que sont, en toutes hypothèses, interdites les activités de participation aux organes de direction de sociétés ne pouvant être qualifiées d'organismes d'utilité générale et n'ayant pas une gestion désintéressée, ainsi que la fonction d'administrateur d'une société anonyme (même bénévole).

De même, il est en tout état de cause interdit à un agent public de prendre directement ou indirectement dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle l'agent appartient ou en relation avec cette dernière, des intérêts de nature à compromettre leur indépendance.

Sous réserve de ne pas contrevenir aux interdictions rappelées ci-dessus, il existe quelques dérogations au principe de non cumul de l'activité « publique » avec une activité privée. Ces dérogations ont été revues par la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 portant modernisation de la fonction publique, abrogeant l'ancien décret-loi du 29 octobre 1986.

En application des articles 2 et 3 du décret n° 2007-658 du 2 mai 2007, les fonctionnaires peuvent être autorisés à cumuler des activités accessoires limitativement énumérées, sous réserve de ne pas porter atteinte au "*fonctionnement normal, à l'indépendance et à la neutralité du service*".

Ces activités accessoires, détaillées dans la circulaire du n° 2157 11 mars 2008 "*relative au cumul d'activités et portant application de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, modifiée, notamment son article 25 et du décret n° 2007-648 du 2 mai 2007*", sont les suivantes :

- **1**° Expertises ou consultations auprès d'une entreprise ou d'un organisme privés sous réserve des dispositions du 2° du I de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 susvisée ;
- **2**° Enseignements ou formations ;
- **3**° Activité agricole au sens du premier alinéa de l'article L. 311-1 du Code rural dans des exploitations agricoles non constituées sous forme sociale, ainsi qu'une activité exercée dans des exploitations constituées sous forme de société civile ou commerciale, sous réserve que l'agent public n'y exerce pas les fonctions de gérant, de directeur général, ou de membre du conseil d'administration, du directoire ou du conseil de surveillance, sauf lorsqu'il s'agit de la gestion de son patrimoine personnel et familial ;
- **4**° Travaux d'extrême urgence dont l'exécution immédiate est nécessaire pour prévenir des accidents imminents ou organiser des mesures de sauvetage ;
- **5**° Travaux ménagers de peu d'importance réalisés chez des particuliers ;
- **6**° Aide à domicile à un ascendant, à un descendant, à son conjoint, à son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou à son concubin, permettant à l'agent de percevoir, le cas échéant, les allocations afférentes à cette aide ;
- **7**° Activité de conjoint collaborateur au sein d'une entreprise artisanale ou commerciale mentionnée à l'article R. 121-1 du Code de commerce et s'agissant des artisans à l'article 14 du décret du 2 avril 1998 susvisé.

Par ailleurs, en application de l'article 3 du décret précité, il est possible de cumuler l'activité publique principale avec :

- une activité d'intérêt général exercée auprès d'une personne publique ou auprès d'une personne privée à but non lucratif (ce qui ne vise manifestement pas les Sem) ;
- une mission d'intérêt public de coopération internationale ou auprès d'organismes d'intérêt général à caractère international ou d'un Etat étranger, pour une durée limitée.

En outre, sous certaines conditions prévues également par le décret précité et reprises dans la circulaire du 11 mars 2008, les fonctionnaires occupant un emploi à temps non complet ou exerçant des fonctions impliquant un service à temps incomplet, pour lesquels la durée du travail est inférieure ou égale à la moitié de la durée légale ou réglementaire de travail des agents publics à temps complet, peuvent exercer une activité privée lucrative. Cette possibilité est ouverte sous réserve de ne pas porter atteinte au "*fonctionnement normal, à l'indépendance et à la neutralité du service*". Le fonctionnaire reste en tout état de cause soumis aux dispositions de l'article 432-12 du Code pénal relatif à la prise illégale d'intérêt. Les agents non-titulaires peuvent également, sous certaines conditions, bénéficier de ces dispositions.

Enfin, selon certaines conditions, il peut être possible de cumuler les activités pour la création, la reprise ou la poursuite d'activité au sein d'une entreprise ou d'une association.

## Aperçu de la déontologie de la mobilité vers le secteur privé

### Contrôle de la commission de déontologie

La commission de déontologie commune aux trois fonctions publiques depuis la loi du 2 février 2007 portant modernisation de la fonction publique est chargée d'apprécier préalablement la compatibilité de toute activité lucrative, salariée ou non, dans une entreprise ou un organisme privé ou toute activité libérale, avec les fonctions effectivement exercées au cours des trois années précédant le début de cette activité par tout agent (fonctionnaire, non titulaire de droit public employé par une personne publique depuis plus d'un an, collaborateur de cabinet) cessant ses fonctions. Sont également concernés les fonctionnaires en disponibilité, détachement, hors cadre, mis à disposition ou encore exclus de leurs fonctions.

En effet, ainsi qu'il est exposé en détail par l'article 1er du décret du 26 avril 2007 pris pour l'application de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993, il est interdit aux agents publics de prendre des intérêts dans une entreprise privée et de porter atteinte à la dignité des fonctions ou de compromettre le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service.

La **saisine** de la commission de déontologie est **obligatoire** en ce qui concerne les agents chargés dans leur administration, soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur de tels contrats, soit de proposer des décisions relatives à des opérations effectuées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions.
En revanche, la **saisine est facultative** lorsque l'agent n'a pas été chargé dans son administration d'assurer la surveillance, le contrôle ou de conclure des contrats avec

l'organisme privé. La commission est alors sollicitée pour examiner si l'activité de l'agent ne porte pas atteinte à la dignité des fonctions précédemment exercées ou ne risque pas de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service.

- **Contrôle disciplinaire et obligation de reversement des sommes indûment perçues**

Tout manquement est susceptible d'entraîner une sanction disciplinaire, ainsi que le reversement des sommes perçues.

- **Contrôle du juge pénal**

Spécifiquement, l'article 432-13 du Code pénal prévoit que :
"*Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende le fait, par une personne ayant été chargée, en tant que* ***fonctionnaire ou agent*** *d'une administration publique, dans le cadre des fonctions qu'elle a effectivement exercées, soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur de tels contrats, soit de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises* ***avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de ces fonctions.***
*Est punie des mêmes peines toute participation par travail, conseil ou capitaux dans une entreprise privée qui possède au moins 30 % de capital commun ou a conclu un contrat comportant une exclusivité de droit ou de fait avec l'une des entreprises mentionnées au premier alinéa.*
*Pour l'application des deux premiers alinéas, est assimilée à une entreprise privée toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles du droit privé.*
*Ces dispositions sont applicables aux agents des établissements publics, des entreprises publiques, des sociétés d'économie mixte dans lesquelles l'État ou les collectivités publiques détiennent directement ou indirectement plus de 50 % du capital et des exploitants publics prévus par la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom.*
*L'infraction n'est pas constituée par la seule participation au capital de sociétés cotées en bourse ou lorsque les capitaux sont reçus par dévolution successorale*"

## Les règles spécifiques applicables aux fonctionnaires

### Le détachement de fonctionnaires auprès des Sem

Le détachement des fonctionnaires obéit à des règles communes aux trois fonctions publiques (fonction publique territoriale - FPT, fonction publique d'État - FPE et fonction publique hospitalière - FPH). Certaines particularités propres à chaque statut doivent toutefois être précisées.

## Règles communes aux trois fonctions publiques

Le détachement est la position du fonctionnaire placé hors de son cadre d'emplois, emploi ou corps d'origine et qui continue à bénéficier dans ce cadre d'emploi ou ce corps de ses droits à avancement et retraite. Il est de « courte durée » (six mois en principe) ou de longue durée (cinq ans renouvelables).

Le fonctionnaire détaché est placé sous l'autorité des supérieurs hiérarchiques du service d'accueil et est soumis aux règles régissant la fonction qu'il exerce par l'effet de son détachement. Ainsi, dans le cas d'un détachement au sein d'une Sem, personne morale de droit privé, le contrat liant le fonctionnaire à la Sem relève du droit du travail.

Toutefois, les dispositions des articles L. 122-3-5, L. 122-3-8 et L. 122-9 du Code du travail, relatifs au contrat de travail à durée déterminée et au licenciement, ainsi que toutes les dispositions prévoyant le versement d'indemnité de licenciement ou de fin de carrière sont inapplicables au fonctionnaire détaché.

L'organisme d'accueil doit, en principe, cotiser pour le fonctionnaire détaché au régime d'assurance chômage.

Par ailleurs, le fonctionnaire détaché ne peut être affilié à un régime de retraite dont relève la fonction de détachement, ni acquérir, à ce titre, des droits quelconques à pensions ou allocations, sous peine de la suspension de la pension versée par la Caisse de retraite des agents des collectivités locales (FPT et FPH) ou de la pension versée par l'Etat (FPE).

L'organisme auprès duquel le fonctionnaire est détaché est redevable envers la Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales (FPT et FPH) ou du Trésor (FPE) d'une contribution pour la constitution des droits à pension de l'intéressé.

Le fonctionnaire garde le droit à l'avancement dans son cadre d'emplois, emploi ou corps d'origine. La limite d'âge pour le départ à la retraite est celle du cadre d'emplois, de l'emploi ou du corps d'origine.

A la fin du détachement, le fonctionnaire est réintégré dans son administration d'origine.
Par ailleurs, certaines règles diffèrent selon que le fonctionnaire relève de la fonction publique territoriale, étatique ou hospitalière.

## Règles applicables aux fonctionnaires relevant du statut général de la fonction publique territoriale

### • Fonctionnaires visés et dispositions applicables

Les fonctionnaires relevant de la fonction publique territoriale sont ceux qui ont été titularisés dans un grade de la hiérarchie administrative des communes, départements, régions et de leurs établissements publics.

Leur statut est fixé par la loi du 26 janvier 1984 modifiée en notamment par la loi du 19 février 2007. Selon le cadre d'emplois, l'emploi ou le corps auquel appartient le fonctionnaire, un statut particulier s'applique également. Il est indispensable de s'y référer pour connaître les dispositions spécifiques qui doivent être prises en compte.

Le régime du détachement est prévu par les dispositions des articles 64 et suivants de la loi précitée, ainsi que par les dispositions du décret du 13 janvier 1986 modifié notamment par le décret du 21 août 2006.

• Hypothèses d'accueil par une Sem

Parmi les 22 cas de détachement prévus par l'article 2 du décret n°86-68 du 13 janvier 1986 modifié, deux d'entre eux concernent les Sem :

- "***5°*** *Détachement auprès d'une entreprise privée assurant des missions d'intérêt général, notamment auprès d'une entreprise titulaire d'un traité de concession, d'affermage, de gérance ou de régie intéressée d'un service public d'une collectivité publique, sous réserve de l'approbation préalable, par la collectivité ou l'établissement dont relève l'agent, du projet de contrat et de ses avenants éventuels ;*
- ***6°*** *Détachement auprès d'un organisme privé ou d'une association dont les activités favorisent ou complètent l'action d'une collectivité publique, sous réserve de l'approbation préalable, par la collectivité ou l'établissement dont relève l'agent, du projet de contrat et de ses avenants éventuel*".

Sont ainsi visées les Sem délégataires de service public ou, à tout le moins, chargées d'une mission d'intérêt général et dont l'activité favorise ou complète l'activité d'une collectivité.

• Modalités du détachement

Le détachement d'un fonctionnaire territorial fait nécessairement suite à une demande de sa part. Sauf cas spécifiques n'intéressant pas les Sem, le détachement n'est pas de plein droit.

Le détachement ne peut être accordé que lorsque la rémunération liée à l'emploi de détachement n'excède pas la rémunération globale perçue dans l'emploi d'origine, majorée, le cas échéant, de 15 %.

Le détachement est décidé par arrêté de l'autorité hiérarchique du fonctionnaire.
En outre, le projet de contrat et ses avenants éventuels doivent avoir été soumis à l'approbation de la collectivité.

• Fin du détachement

Il peut être mis fin au détachement avant son terme, à la demande soit de l'administration, soit de la Sem d'accueil, soit du fonctionnaire lui-même. Sauf en cas de faute grave, la demande de remise à disposition de l'administration d'origine doit être adressé à cette dernière au moins trois mois avant la date effective de cette remise à disposition. Lorsque la fin de détachement est demandée par le fonctionnaire, il cesse d'être rémunéré même si son administration d'origine ne peut le réintégrer immédiatement. Il est alors placé en disponibilité jusqu'à ce que sa réintégration soit possible. Si cette réintégration n'est pas intervenue à la date de fin de détachement initialement prévue, le fonctionnaire est réintégré dans son corps ou cadre d'emploi et réaffecté à la première vacance ou création d'emploi dans un emploi correspondant à son grade relevant de son administration d'origine.

**Règles applicables aux fonctionnaires relevant du statut général de la fonction publique d'Etat**

• Fonctionnaires visés et dispositions applicables

Les fonctionnaires relevant de la fonction publique d'État sont ceux qui ont été nommés dans un emploi permanent à temps complet et titularisés dans un grade de la hiérarchie des administrations centrales de l'État, des services déconcentrés en dépendant ou des établissements publics de l'État.

Leur statut est fixé par la loi du 11 janvier 1984 modifiée en dernier lieu par la loi du 19 décembre 2007. Selon le corps auquel appartient le fonctionnaire, un statut particulier s'applique également. Il est indispensable de s'y référer pour connaître les dispositions spécifiques qui doivent être prises en compte.

Le régime du détachement est prévu par les dispositions des articles 44 bis et suivants de la loi précitée, ainsi que par les dispositions des décrets d'application.

• Hypothèses d'accueil par une Sem

L'article 14 du décret du 16 septembre 1985 prévoit un cas de détachement pouvant intéresser les Sem :
" *Détachement auprès d'une entreprise ou d'un organisme privé d'intérêt général ou de caractère associatif assurant des missions d'intérêt général : le nombre et la nature des emplois auxquels il est éventuellement pourvu par des fonctionnaires détachés doivent être précisés par une disposition des statuts de l'entreprise ou de l'organisme considéré, approuvée par arrêté du ministre chargé de la fonction publique et du ou des ministres intéressés(…).*"

Si une Sem peut effectivement être considérée comme étant une entreprise ou un organisme privé d'intérêt général, il est indispensable que l'accueil de fonctionnaires d'État détachés ait été prévu dans les statuts.
Les statuts de la Sem doivent indiquer le nombre et la nature des emplois auxquels il sera éventuellement pourvu par des fonctionnaires détachés. En outre, cette mention des statuts doit être approuvée par arrêté du ministre chargé de la fonction publique et du ou des ministres intéressés.

• Modalités du détachement

Le détachement est décidé par arrêté ministériel. Sauf cas particulier n'intéressant pas les Sem, le détachement n'est pas accordé de plein droit.

• Déroulement de la carrière

Le fonctionnaire perçoit la rémunération de son organisme d'accueil. En l'état, aucun texte général relatif à la fonction publique d'Etat ne prévoit de limitation expresse à cette rémunération. Toutefois, il convient, dans chaque hypothèse, de se référer au statut particulier applicable au fonctionnaire en cause et, en toute hypothèse de veiller aux distorsions.

La notation du fonctionnaire détaché dans un organisme privé tel qu'une Sem est établie par le chef de service de son corps d'origine au vu d'un rapport établi par le supérieur hiérarchique auprès duquel il sert.

• Fin du détachement

Trois mois au moins avant le terme prévu du détachement de longue durée, le fonctionnaire fait connaître à son administration d'origine sa décision de solliciter ou non le renouvellement de son détachement.

De même, deux mois au moins avant le terme prévu du détachement, l'organisme d'accueil fait connaître au fonctionnaire et à son administration d'origine sa décision de renouveler ou non le détachement.

À l'expiration du détachement de longue durée, dans le cas où il n'est pas renouvelé pour une raison autre qu'une faute commise dans l'exercice de ses fonctions, le fonctionnaire est réintégré immédiatement et, au besoin, en surnombre dans son corps d'origine, par arrêté ministériel, et affecté à un emploi correspondant à son grade.

Il peut être mis fin au détachement avant son terme, à la demande soit de l'administration, soit de la Sem d'accueil, soit du fonctionnaire lui-même. Lorsqu'il est prématurément mis fin au détachement à la demande de l'administration ou de la Sem, le fonctionnaire continue, si sa réintégration immédiate est impossible, à être rémunéré par la Sem jusqu'à ce qu'il soit réintégré. Dans le cas où c'est le fonctionnaire d'Etat qui demande à ce qu'il soit mis fin à son détachement, il cesse d'être rémunéré même si sa réintégration immédiate n'est pas possible et est placé en disponibilité.

**● Règles applicables aux fonctionnaires relevant du statut général de la fonction publique hospitalière**

• Fonctionnaires visés et dispositions applicables

Les fonctionnaires relevant de la fonction publique hospitalière sont ceux qui ont été nommés dans un emploi permanent à temps complet ou non complet dont la quotité de travail est au moins égale à un mi-temps, et titularisés dans un grade de la hiérarchie des établissements publics de santé, des hospices publics, des maisons de retraite publiques, des établissements publics ou à caractère public relevant des services départementaux de l'aide sociale à l'enfance et maisons d'enfants à caractère social, de certains établissements pour personnes handicapées, de certains centres d'hébergement ou de réadaptation sociale.

Leur statut est fixé par la loi du 9 janvier 1986 modifiée. Selon le corps auquel appartient le fonctionnaire, un statut particulier s'applique également.

Le régime du détachement est prévu par les dispositions des articles 51 et suivants de la loi précitée, ainsi que par les dispositions des décrets d'application.

• Hypothèses d'accueil par une Sem

L'article 13 du décret n° 88-976 prévoit l'hypothèse suivante :
"*4° Détachement auprès d'une entreprise ou d'un organisme privé assurant une mission d'intérêt général ; le nombre et la nature des emplois auxquels il est éventuellement pourvu par des fonctionnaires détachés doivent être précisés par une disposition des statuts de l'entreprise ou de l'organisme considéré approuvée par arrêté du ministre chargé de la santé ; les associations ou fondations reconnues d'utilité publique, les hôpitaux psychiatriques privés faisant fonction d'hôpitaux psychiatriques publics, les centres de lutte contre le cancer et les établissements de transfusion sanguine mentionnés à l'article L. 668-I du Code de la santé publique sont dispensés de cette formalité.*"

Si une Sem peut effectivement être considérée comme étant une entreprise ou un organisme privé assurant une mission d'intérêt général, il est indispensable que l'accueil de fonctionnaires hospitaliers détachés ait été prévu dans les statuts.
Les statuts de la Sem doivent indiquer le nombre et la nature des emplois auxquels il sera éventuellement pourvu par des fonctionnaires hospitaliers détachés. En outre, cette mention des statuts doit être approuvée par arrêté du ministre chargé de la santé.

• Modalités du détachement

Le détachement n'est possible que sur demande du fonctionnaire intéressé. Sauf cas spécifiques n'intéressant pas les Sem, le détachement n'est pas accordé de plein droit.

Le détachement ne peut être accordé lorsque la rémunération afférente à l'emploi de détachement excède la rémunération globale perçue par dans l'emploi majorée, le cas échéant de 15 %.

Le détachement est décidé par l'autorité disposant du pouvoir de nomination du fonctionnaire, après consultation de la commission administrative paritaire.

• Déroulement de la carrière

La notation du fonctionnaire détaché dans un organisme privé tel qu'une Sem est établie par l'autorité de nomination de son corps d'origine au vu d'un rapport établi par le supérieur hiérarchique auprès duquel il sert.

• Fin du détachement

Le fonctionnaire est réaffecté dans l'emploi qu'il occupait ou dans un autre emploi, relevant du même établissement, que son grade lui donne vocation à occuper.
L'autorité investie du pouvoir de nomination peut mettre fin au détachement avant le terme fixé soit de sa propre initiative, sous réserve d'en avoir informé le fonctionnaire et, s'il y a lieu, l'autorité dont il dépend pour l'exercice de ces fonctions de détachement au moins trois mois avant la date prévue pour la remise à disposition, soit sur la demande de l'administration ou de l'organisme d'accueil, soit à la demande du fonctionnaire lui-même. Ces demandes doivent être faites au moins trois mois avant la date prévue pour la remise à disposition.

Toutefois, l'administration ou la Sem d'accueil n'est pas tenue de respecter ce délai dans le cas où il est mis fin au détachement à la suite d'une faute commise par le fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions.
Dans ce cas ou lorsque la demande émane du fonctionnaire, celui-ci, s'il ne peut être réintégré immédiatement, est mis en disponibilité et cesse d'être rémunéré jusqu'à ce qu'un emploi correspondant à son grade devienne vacant. Si, au terme prévu pour son détachement, l'intéressé n'a pu être réintégré, l'article 20 du décret fixe les règles applicables.

Le fonctionnaire remis à disposition de son administration d'origine pour une cause autre qu'une faute commise dans l'exercice de ses fonctions et qui ne peut être immédiatement réintégré dans ses fonctions, faute d'emploi vacant continue d'être rémunéré par l'organisme de détachement au plus tard jusqu'à la date à laquelle le détachement devait prendre fin[32].



*32 - Ces dispositions sont applicables lorsqu'il n'y a pas de vacance d'emploi dans le corps d'origine du fonctionnaire et non pas lorsqu'il pas d'emploi vacant dans l'établissement d'origine (CE, 17 juin 2005, n° 245401, Ville de Biarritz c/ Perez, AJFP 2005, p. 264)*

## La mise à disposition de fonctionnaires auprès des Sem

Il convient de distinguer les règles communes aux trois fonctions publiques de celles qui sont propres à chaque statut.

- **Règles communes aux trois fonctions publiques**

Contrairement au détachement, la mise à disposition est considérée comme une déclinaison de la position d'activité du fonctionnaire. Ainsi, la mise à disposition est la position du fonctionnaire qui demeure dans son cadre d'emplois ou corps d'origine, est réputé y occuper un emploi, continue à percevoir sa rémunération, mais qui exerce ses fonctions hors du service où il a vocation à servir.

L'administration d'origine conserve le pouvoir disciplinaire et les prérogatives relatives à la notation de l'agent. C'est elle qui continue à rémunérer l'agent.

En revanche, sous réserve des dispositions propres à chaque statut particulier, c'est l'organisme d'accueil qui fixe les conditions générales de travail du fonctionnaire, tout en tenant l'administration d'accueil informée.

Malgré cette situation très particulière, il a été jugé que le fonctionnaire mis à disposition d'un organisme privé était lié à ce dernier par un contrat de droit privé.

La nouvelle réglementation issue de la loi du 2 février 2007 portant modernisation de la fonction publique a considérablement fait évoluer les possibilités de mise à disposition des fonctionnaires auprès des Sem en les élargissant, et a harmonisé son régime pour les trois fonctions publiques.

Auparavant, il était très clairement impossible pour les Sem, sociétés commerciales de droit privé, d'accueillir des fonctionnaires mis à disposition.

Désormais, la mise à disposition de fonctionnaires au profit des Sem paraît envisageable, sous certaines conditions. Le cas visé dans la loi est la mise à disposition au profit :

"***Des organismes contribuant à la mise en oeuvre d'une politique*** *de l'État, des collectivités territoriales ou de leurs établissements publics administratifs,* ***pour l'exercice des seules missions de service public confiées à ces organismes***",

Nonobstant l'absence de jurisprudence sur la possibilité d'inclusion de sociétés privées dans la catégorie des "*organismes contribuant à la mise en œuvre (…)*" précités, une doctrine unanime affirme que les Sem font bien partie de cette catégorie et qu'ainsi la mise à disposition est désormais possible auprès d'elles.

En d'autres termes, en l'état, rien n'interdit désormais que la mise à disposition soit faite au profit d'une société commerciale telle qu'une Sem, sous réserve, toutefois, que les autres conditions soient toutes remplies. Il s'agit des conditions suivantes :

- la contribution de la Sem à la mise en œuvre d'une politique de l'Etat, des collectivités territoriales ou de leurs établissements publics administratifs ;
- l'attribution d'une mission de service public à la Sem ;
- l'affectation du personnel mis à disposition à l'exercice des seules missions de service public confiées à la Sem concernée.

La mise à disposition au profit d'une Sem délégataire de service public, pour l'exercice des missions déléguées est donc possible. En revanche, il semble qu'une simple mission d'intérêt général soit insuffisante.

La mise à disposition suppose une rencontre des volontés du fonctionnaire, de son administration et de la Sem. La commission administrative compétente est sollicitée pour avis.

L'administration d'origine autorise la mise à disposition par arrêté, auquel est annexée une convention portant notamment sur la nature des activités exercées, les conditions d'emploi, les modalités du contrôle et de l'évaluation des activités, la durée de la mise à disposition, les modalités de remboursement, le préavis à respecter en cas de rupture…

La loi du 2 février 2007 a en outre posé le principe général de remboursement de la mise à disposition et ce, afin de mettre fin au flou budgétaire et juridique important qui régnait en la matière jusqu'à présent. Ainsi, l'organisme d'accueil doit rembourser à l'administration d'origine la rémunération du fonctionnaire mis à disposition, ainsi que les cotisations et contributions y afférentes.
La mise à disposition est en principe prononcée pour une durée de trois années au plus. Elle est toutefois renouvelable par périodes n'excédant pas trois années.
Sous certaines conditions, la nouvelle réglementation permet également la mise à disposition à temps partagé des fonctionnaires auprès de plusieurs organismes habilités à les accueillir et ce, pour y exercer tout ou partie de leur service. Dans ce cas, le remboursement est dû au prorata de la quotité de travail dans chaque organisme.

À la fin de la mise à disposition, le fonctionnaire est réaffecté aux fonctions qu'il exerçait dans son administration d'origine. Si cette réaffectation est impossible, il est affecté dans les fonctions d'un niveau hiérarchique comparable.

À noter que les anciens décrets d'application n'ont été modifiés depuis la loi du 2 février 2007 que pour ce qui concerne la fonction publique d'État. Pour les fonctions publiques territoriale et hospitalière, dans l'attente, il reste a priori pertinent de se référer aux anciens décrets d'application, sauf incompatibilité avec les nouvelles dispositions législatives.

**● Règles applicables aux fonctionnaires relevant du statut général de la fonction publique territoriale**

• Dispositions applicables

Le régime de la mise à disposition est prévu par les articles 61 et suivants de la loi du 26 janvier 1984 modifiée par la loi du 19 février 2007. Le décret n° 85-1081 du 8 octobre 1985 relatif à la mise à disposition des fonctionnaires territoriaux n'a, à ce jour, pas été modifié pour prendre en compte le nouveau dispositif législatif.

• Modalités de la mise à disposition

La mise à disposition est prononcée par arrêté de l'autorité territoriale investie du pouvoir de nomination, après avis de la commission administrative paritaire. Cet arrêté doit être transmis au Préfet.

Une convention tripartite doit être signée par le fonctionnaire, la Sem et l'administration d'origine et annexée à l'arrêté. Elle doit préciser les conditions de mise à disposition, et notamment la nature et le niveau hiérarchique des fonctions, les conditions d'emploi, les modalités de contrôle et d'évaluation des activités, la durée de la mise à disposition, les conditions de remboursement… Dans l'hypothèse de la mise à disposition du fonctionnaire au profit d'un organisme exerçant une mission de service public, il semble indispensable de prévoir dans la convention la description précise des missions de service public confiées à l'agent.

En cas de mise à disposition au sein de plusieurs organismes, les conventions conclues entre l'administration d'origine et chacun des organisme d'accueil doivent être transmises à tous les autres organismes d'accueil.

L'assemblée délibérante de la collectivité locale ou de l'établissement concerné doit avoir été préalablement informée de toute mise à disposition.

**● Règles applicables aux fonctionnaires relevant du statut général de la fonction publique d'Etat**

• Fonctionnaires visés et dispositions applicables

La mise à disposition est prévue par les articles 41 et suivants de la loi du 11 janvier 1984, modifiée. Selon le corps auquel appartient le fonctionnaire, un statut particulier s'applique également. Il est indispensable de s'y référer pour connaître les dispositions spécifiques qui doivent être prises en compte.

Le régime de la mise à disposition est précisé par les dispositions des articles 1er et suivants du décret n° 85-986 du 16 septembre 1985, modifié par le décret n°2007-1542 du 26 octobre 2007.

• Modalités de la mise à disposition

La mise à disposition est prononcée par arrêté du ministre ou du supérieur hiérarchique dont relève le fonctionnaire.

Outre les informations évoquées ci-dessus, la convention doit contenir la description précise des missions de service public confiées à l'agent, ainsi que le préavis qui doit être respecté par les parties pour mettre fin à la mise à disposition avant son terme. Formellement, elle est signée par l'organisme d'accueil et l'administration d'origine, puis communiquée pour accord au fonctionnaire[33].

Les décisions relatives aux congés annuels et aux congés maladie du fonctionnaire mis à disposition d'un organisme privé sont prises par l'administration d'origine de l'agent, après avis de la Sem[34]. Les décisions relatives aux autres congés, au droit individuel à la formation ou encore à l'aménagement de la durée du travail relèvent de la seule administration d'origine.

*33 - Articles 2 et 6 du décret n° 85-986*
*34 - Article 7 du décret n° 85-986 modifié*

Le fonctionnaire peut être indemnisé par l'organisme d'accueil des frais et sujétions auxquels il s'expose dans l'exercice de ses fonctions suivant les règles en vigueur dans ces organismes. En outre, contrairement ce qui semblait établi jusqu'à présent, l'article 7 du décret n° 85-986 modifié par le décret n° 2007-1542 du 26 octobre 2007 semble admettre dans certains cas un "complément de rémunération dûment justifié". Toutefois, les modalités de mise en œuvre de ces nouvelles dispositions restent incertaines, faute de jurisprudence.

Enfin, c'est à l'organisme d'accueil de supporter les dépenses occasionnées par les actions de formation dont il fait bénéficier l'agent.

• Fin du de la mise à disposition

D'après l'article 6 du décret n° 85-986, il peut être mis fin à la mise à disposition à l'initiative du fonctionnaire, de l'administration d'origine ou de son organisme d'accueil, sous réserve du respect du délai de préavis prévu par la convention.

● **Règles applicables aux fonctionnaires relevant du statut général de la fonction publique hospitalière**

• Fonctionnaires visés et dispositions applicables

Le régime de la mise à disposition est prévu par les dispositions des articles 48 et suivants de la loi n°86-33 modifiée par la loi n° 2007-148 du 2 février 2007, ainsi que par les dispositions du décret n°88-976 du 13 octobre 1988, qui n'a toutefois pas encore été modifié pour prendre en compte la nouvelle législation.

• Modalités de la mise à disposition

L'arrêté et la convention annexée doivent être publiés au sein de l'administration d'origine et l'organisme d'accueil.

Une indemnité au titre des frais et sujétions auxquels est exposé le fonctionnaire paraît possible.

# Le statut des administrateurs et membres du conseils de surveillance

Il sera fait ici un parallèle entre les dispositions applicables aux représentants des collectivités et groupements actionnaires, et celles relatives aux représentants de l'actionnariat privé.

## Les fonctions d'administrateur

**Les administrateurs représentant l'actionnariat privé** peuvent être soit des personnes physiques, soit des personnes morales. Dans ce dernier cas, elles sont obligatoirement représentées par une personne physique désignée sous le vocable de **représentant permanent de la personne morale**.

La nomination par les organes habilités à représenter une société dans ses rapports avec les tiers intervient au plus tard, lors de l'entrée en fonction de la personne morale comme administrateur.

Ce représentant permanent, quand bien même il représente une société, est "*soumis aux mêmes conditions et obligations et il encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que s'il était administrateur en son nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente*" (article L 225-20 du Code de commerce).

Son statut de représentant de personne morale doit donc nécessairement s'assimiler au statut d'administrateur personne physique.

**Le statut des représentants des collectivités locales et des groupements** est dérogatoire au droit commun. Cela tient au fait que le représentant de la collectivité locale, désigné en son sein par l'assemblée délibérante, accomplit cette fonction non pas en son nom propre mais au nom et pour le compte de la collectivité. En conséquence de quoi, l'élu mandataire ne doit pas détenir d'actions de la société à titre personnel.

C'est donc la collectivité qui est réputée occuper la fonction exercée par son représentant.

Cependant, conformément aux dispositions du Code électoral, les élus exerçant certaines fonctions dans les Sem ont pu être déclarés inéligibles, sur le fondement de la qualité d'entrepreneurs de services municipaux, départementaux ou régionaux, alors même que différentes législations ont apporté des correctifs.

Désormais, l'alinéa 9 de l'article L. 1524-5 du CGCT[35] précise que "*les élus locaux agissant en tant que mandataires des collectivités territoriales ou de leurs groupements au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance des sociétés d'économie mixte locales et exerçant, à l'exclusion de toute autre fonction dans la société, les fonctions de membre, de président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance et de président assurant les fonctions de directeur général d'une société d'économie mixte locale ne sont pas considérés comme entrepreneurs de services municipaux, départementaux ou régionaux au sens des articles L. 207, L. 231 et L. 343 du Code électoral*".

Ainsi, les élus peuvent uniquement exercer les fonctions énumérées. À contrario, les représentants des collectivités qui exerceraient les fonctions de membre du directoire, de directeur général (hors celle de président), de directeur général délégué ou plus généralement de salarié (exercant un rôle prépondérant) encourraient l'inéligibilité.

*35 - Issu de la codification de la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002*

## Limite d'âge

Le droit commun des sociétés anonymes précise certaines limites, concernant l'âge des représentants.

Concernant les administrateurs et les membres du conseil de surveillance la limite d'âge légale est fixée à 70 ans. De manière plus précise, les articles L. 225-19 et L. 225-70 du Code de commerce prévoient que le nombre des administrateurs ou membres du conseil de surveillance ayant dépassé l'âge de 70 ans, ne peut être supérieur au tiers des administrateurs ou membres du conseil de surveillance en fonction.

Concernant la fonction de président du conseil d'administration, elle est abaissée à 65 ans. Toutes ces limites peuvent faire l'objet de dérogations statutaires.

Toute nomination intervenue en violation des dispositions statutaires ou à défaut des dispositions légales, est nulle.

En outre, le dépassement de la limite d'âge statutaire ou légale emporte, en théorie, en application du droit commun, démission d'office de l'administrateur le plus âgé.

**Cependant, des dérogations existent pour les sociétés d'économie mixte.**

En effet, pour les représentants des collectivités territoriales et des groupements, il faut simplement que la limite d'âge prévue par le Code de commerce ou par les statuts, ne soit pas atteinte, au moment de leur désignation.

L'article L. 1524-5 al. 6 du CGCT précise également que : "*Ces personnes ne peuvent être déclarées démissionnaires d'office si, postérieurement à leur nomination, elles dépassent la limite d'âge statutaire ou légale*".

De plus, au vu de l'article L. 1524-5 al. 7 du CGCT : "*Il n'est pas tenu compte de ces personnes pour le calcul du nombre des administrateurs ou des membres du conseil de surveillance qui peuvent demeurer en fonction au-delà de la limite d'âge*" , lors-que plus d'un tiers des administrateurs a dépassé la limite d'âge.

## Durée des mandats

**La durée des fonctions des administrateurs** est, en droit commun, fixée par les statuts.

Aux termes de l'article L 225-18 du Code de commerce, elle ne peut toutefois dépasser :

- trois ans pour les premiers administrateurs désignés par les statuts lors de la constitution d'une société ne faisant pas appel publiquement à l'épargne ;
- six ans dans les autres cas.

Sauf stipulation contraire des statuts, les administrateurs sont rééligibles.

Les fonctions d'administrateur prennent fin par l'arrivée du terme prévu lors de la nomination, par la démission, par la survenance d'une incapacité, par la dissolution de la société ou encore par l'adoption d'un nouveau régime de direction de la société.

L'assemblée générale ordinaire peut également les révoquer à tout moment, sans que sa décision soit nécessairement justifiée par un motif quelconque (article L. 225-18 du Code de commerce). L'administrateur aura néanmoins le droit à des dommages-intérêts si la révocation a été entourée de circonstances injurieuses ou vexatoires à son égard.

La durée des fonctions du **représentant permanent d'une personne morale** est, pour sa part, déterminée par la durée du mandat d'administrateur de la personne morale représentée. Mais les fonctions du représentant de la personne morale peuvent également prendre fin en cas de démission, de révocation ou de non respect des règles concernant la limite d'âge.

La durée des fonctions de **président du conseil d'administration** est déterminée par la durée du mandat d'administrateur. Il peut toutefois être révoqué à tout moment par le conseil d'administration, toute clause contraire étant réputée non écrite (article L. 225-47 du Code de commerce).

**Un certain nombre de dérogations existe pour les élus administrateurs.**

La durée du mandat des administrateurs élus suit, par principe celle de leur mandat électif et prend fin en même temps que lui, quelle qu'en soit la cause. Il existe toutefois quelques spécificités en fonction des personnes publiques concernées.

En ce sens, les dispositions de l'article R. 1524-3 du CGCT précisent que :
"*Le mandat des représentants des collectivités territoriales et de leurs groupements actionnaires au conseil d'administration ou au conseil de surveillance prend fin :*

- *en ce qui concerne ceux d'une commune lors du renouvellement intégral du conseil municipal ;*
- *en ce qui concerne ceux d'un département lors de chaque renouvellement triennal du conseil général ou en cas de dissolution ;*
- *en ce qui concerne ceux d'une région, lors du renouvellement intégral du conseil régional ;*
- *en ce qui concerne ceux d'un groupement, lors du renouvellement partiel ou intégral de l'assemblée délibérante du groupement.*"

En cas de fin légale du mandat de l'assemblée de la collectivité ou du groupement, le mandat de ses représentants au conseil d'administration ou de surveillance est prorogé, en application des dispositions de l'article L. 1524-5, alinéa 13 du CGCT, jusqu'à la désignation de leurs remplaçants par la nouvelle assemblée, leurs pouvoirs se limitant à la gestion des affaires courantes, c'est-à-dire relevant soit d'une urgence, soit revêtant le caractère d'un acte de routine. Il ne semble pas, dès lors, que la participation à une commission d'appel d'offres qui aurait pour effet de désigner le titulaire d'un marché, puisse être régulière en ce que cette décision serait engageante et dépasserait ainsi le simple acte de routine[36].

Par principe, la nouvelle assemblée doit désigner son ou ses représentant lors de la première réunion qui suit son renouvellement.

Par ailleurs, il résulte des dispositions de l'article R. 1524-4 du CGCT que les représentants des collectivités territoriales ou de leurs groupements peuvent être relevés de leurs fonctions à tout moment, par les assemblées délibérantes dont ils sont membres.

*36 - Il convient de remarquer que la décision de signer un contrat pour un OPHLM n'a pas été considérée comme relevant de la gestion des affaires courantes (C.E., 29 janvier 2003, Office départemental d'HLM de l'Essonne, req. n° 242196).*

Toutefois, afin d'éviter le fait que la collectivité ne dispose d'aucun représentant,il appartiendra alors à l'assemblée délibérante de pourvoir simultanément au remplacement de son représentant et d'en informer le conseil d'administration ou le conseil de surveillance.

En cas de vacance du siège qui lui est attribué au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou du groupement actionnaire désigne son représentant lors de la première réunion qui suit cette vacance.

Enfin, il résulte du dernier alinéa de l'article R. 1524-4 du CGCT qu'en cas de dissolution, de démission ou d'annulation de l'élection de l'assemblée délibérante, le mandat des représentants au conseil d'administration ou au conseil de surveillance est prorogé jusqu'à la désignation de leurs remplaçants par la nouvelle assemblée. Toutefois, la commission permanente du Conseil Régional ou du Conseil Général peuvent, dans l'intervalle des sessions du Conseil Général ou du Conseil Régional désigner, à titre provisoire, un nouveau représentant.

Les statuts d'une Sem ne peuvent comporter de disposition attribuant, par avance, la présidence du conseil d'administration à un actionnaire déterminé ou encore prévoir que la présidence sera "tournante" entre plusieurs actionnaires. Cette disposition serait irrégulière et sanctionnée par la nullité, la loi réservant ce pouvoir au seul conseil d'administration.

## Cumul de mandats

Alors que la loi NRE avait profondément modifié les règles concernant le cumul des mandats en imposant des limitations drastiques à cinq mandats d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance de sociétés anonymes (articles L. 225-21 et L. 225-77 du Code de commerce) pour une personne physique, la loi n° 2002-1303 du 29 octobre 2002 (dite loi Houillon) a précisé les règles concernant les élus, représentant leur collectivité ou groupement au sein des Sem.

Ainsi, l'article L. 225-95-1, dernier alinéa, du Code de commerce précise :
"*Par dérogation aux articles L. 225-21, L. 225-54-1, L. 225-67 et L. 225-94-1, les mandats de président, de directeur général, de directeur général unique, de membre du directoire ou d'administrateur d'une société d'économie mixte locale, exercés par un représentant d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales ne sont pas pris en compte pour l'application des règles relatives au cumul des mandats sociaux*".

Ne seront donc comptabilisés pour les élus, les seuls mandats qu'il peuvent détenir dans des sociétés anonymes classiques.

Toutefois, **si dans le cadre des Sem**, un élu peut avoir plus de cinq mandats d'administrateurs, il ne peut avoir qu'un seul mandat de Président assurant la direction générale de la Sem.
Si ce même élu est désigné comme représentant de la collectivité ou du groupement dans une autre Sem, il ne pourra exercer qu'un mandat d'administrateur ou de membre du directoire, ou encore de seul président, sans cumul avec une fonction de direction générale.

Il convient enfin de préciser que si ces règles relatives au cumul de mandats recoivent

une exception dans le seul cas de l'exercice de mandats dans les sociétés contrôlées au sens de l'article L. 233-16 du Code de commerce (les groupes de sociétés et mandats dans les filiales considérées comme contrôlées), **cette exception ne peut concerner les élus**. En effet, si la Sem a une filiale, l'élu ne peut être administrateur ou président de cette société.
Non désigné par la collectivité, il encourt une qualification d'entrepreneur de service municipal, départemental, ou régional et peut être déclaré inéligible.

**La sanction du non respect des règles concernant le cumul de mandats** est la démission d'office, faute de régularisation dans un délai de trois mois à compter du franchissement du plafond.

L'administrateur doit alors, conformément aux articles L. 225-21, L. 225-54-1 et L. 225-94-1 du Code de commerce, restituer les rémunérations perçues après expiration du délai de régularisation.

La démission d'office ne remet cependant pas en cause la validité des délibérations auxquelles l'intéressé aurait pris part.

## Rémunération

**Les administrateurs** ne peuvent percevoir qu'une somme fixe annuelle consistant en des jetons de présence dont le montant annuel distribué à l'ensemble des administrateurs est fixé par l'assemblée générale (article L 225-45 du Code de commerce).

Le conseil d'administration ou le conseil de surveillance répartit discrétionnairement cette somme entre les différents administrateurs.

Le conseil d'administration a également la faculté d'allouer aux administrateurs une rémunération exceptionnelle pour des missions particulières (article L. 225-46 du Code de commerce).

Enfin, il peut autoriser le remboursement des frais de déplacement ou des dépenses engagées par les administrateurs dans l'intérêt de la société.

En sus, le président du conseil d'administration ou le directeur général ou les directeurs généraux délégués peuvent bénéficier d'une rémunération spéciale (article L. 225-47 du Code de commerce) fixée par le conseil d'administration.

**Les élus administrateurs** peuvent également percevoir une rémunération ou des avantages particuliers, dès lors que les statuts de la Sem l'autorisent.

Toutefois, pour éviter de voir cette rémunération qualifiée de prise illégale d'intérêt, ils doivent, selon l'article L. 1524-5, alinéa 10 du CGCT) être préalablement "*autorisés par une délibération expresse de l'assemblée délibérante de la collectivité fixant le montant maximal de la rémunération et des avantages susceptibles d'être perçus ainsi que la nature des fonctions qui les justifient*".

À l'instar des autres administrateurs, la rémunération dont bénéficient les représentants peut consister en des jetons de présence.

En complément, ils peuvent également bénéficier du remboursement des frais de déplacement ou d'une rémunération exceptionnelle pour des missions spécifiques.

Il convient d'être vigilant sur le montant des rémunérations versées aux élus administrateurs, lorsqu'elles se cumulent avec des indemnités perçues au titre d'un mandat électif.

Un plafond est prévu par les articles L. 2123-20, L. 3123-18 et L. 4135-18 du CGCT et par les dispositions de l'article 4 de l'ordonnance du 13 décembre 1958[37], limitant la rémunération des élus à une fois et demie le montant de l'indemnité parlementaire. Le dépassement peut alors conduire à un écrêtement des trop-perçus.

### La déclaration de patrimoine

Une réglementation et un contrôle des flux financiers existent et ont pour objet de s'assurer que les fonctions de l'élu au sein de la Sem n'ont pas eu pour effet de lui permettre un enrichissement non régulier.

Ainsi, les dispositions de l'article 2 de la loi n° 88-227 du 11 mars 1988[38] font obligation aux présidents, directeurs généraux et directeurs généraux adjoints de sociétés d'économie mixte, dont le chiffre d'affaires est supérieur à 750 000 €, d'établir dans les deux mois suivant leur nomination et la cessation de leur fonction, une déclaration de situation patrimoniale.

## La responsabilité des élus administrateurs et de la Sem

Seront examinés d'une part les hypothèses de mise en cause de la responsabilité civile, pénale et financière que peuvent encourir les élus administrateurs, et d'autre part les possibilités de mise en cause pénale de la Sem.

De manière liminaire, il convient de préciser que le groupe de travail sur la dépénalisation de la vie des affaires vient de rendre un rapport[39] au Garde des Sceaux Ministre de la justice, préconisant certaines modifications du droit pénal applicables au droit des affaires. Pour autant, à ce jour, aucun projet de loi n'a été adopté, si bien qu'il convient de se limiter à la seule présentation du droit applicable.

### La responsabilité civile de l'élu administrateur

**La responsabilité civile de l'élu mandataire incombe à la collectivité locale** dont il est le mandataire, aux termes du régime dérogatoire des articles L. 1524-5 alinéa 8 et L. 2253-5 du CGCT.

Seule la responsabilité civile des collectivités actionnaires peut donc être recherchée lors d'une faute commise par l'élu mandataire dans l'exercice de son mandat, et ce quelle que soit la fonction exercée.

*37 - Ordonnance portant loi organique relative à l'indemnité des membres du parlement, modifiée (J.O. 14 décembre 1958)*
*38 - Loi relative à la transparence financière de la vie politique, modifiée.*
*39 - Rapport à Madame le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice du Groupe de travail sur la dépénalisation de la vie des affaires, janvier 2008, disponible sur le site internet du Ministère de la justice.*

L’exercice du mandat n’exonère pas toutefois systématiquement l’élu mandataire de toute responsabilité en matière civile. Ce principe a ainsi des limites ; elles résultent des modalités d'exécution du mandat :

- soit le mandataire **outrepasse** ses fonctions : il agit par exemple en dehors du champ des activités reconnues et autorisées par la loi aux Sem. Dans ce cas, s'appliquent les règles générales de la responsabilité des agents publics et l'élu pourra voir sa responsabilité personnelle recherchée dans la mesure où il pourra lui être reproché un fait personnel se détachant de l'exercice de ses fonctions et considéré comme la cause d'un dommage. Il doit s'agir d'une faute particulièrement lourde et inexcusable ;
- soit le mandataire **exécute mal** son mandat : le CGCT exonère le représentant de sa responsabilité pour ses fautes de gestion, mais les autres obligations du mandataire subsistent. Il doit accomplir le mandat, rendre compte de sa gestion, c'est-à-dire faire son rapport et répondre des délégations qu'il consent à un autre.

## La responsabilité pénale de l'élu administrateur

**L’élu administrateur d’une Sem ne bénéficie aucunement d’un régime dérogatoire en matière de responsabilité pénale.** Il est soumis aux mêmes obligations que s’il était administrateur en son nom propre.

À ce titre, sa responsabilité pénale peut être recherchée sur le fondement de trois grandes catégories d’incriminations :

- les incriminations fondées sur les dispositions pénales classiques applicables à l’ensemble des justiciables ;
- les incriminations fondées sur les dispositions pénales propres à la gestion d’une société ;
- les incriminations fondées sur les dispositions pénales propres aux élus locaux.

**Les incriminations fondées sur les dispositions pénales classiques** applicables à l’ensemble des justiciables sont principalement constituées par les atteintes à l’intégrité de la personne et la mise en danger des personnes, les atteintes involontaires à la vie, mais aussi les atteintes à des activités réprimées par des textes spécifiques tels qu’en droit de l’environnement, de l’urbanisme ou de la construction.

**Les incriminations fondées sur les dispositions pénales propres au droit des sociétés** sont également multiples.

La Chambre criminelle de la Cour de Cassation, dans un arrêt du 16 février 1971[40] a posé le principe que "*les administrateurs des Sem lorsque ces sociétés sont constituées, comme en l'espèce, conformément à la législation sur les sociétés anonymes, sont soumis, quant à leur responsabilité pénale éventuelle, au droit commun des sociétés anonymes.*"

Dès lors, le dirigeant d’une Sem peut ainsi voir sa responsabilité recherchée sur la base d’infractions de droit commun telles que l’escroquerie, l’abus de confiance, le faux et usage de faux ou le recel.

*40 - Crim 16 février 1971, Bull Crim n° 53, JCP 1971, II 16836, note Sousi*

Il peut également voir sa responsabilité recherchée sur la base d'infractions spécifiques au droit du travail, au droit de la concurrence ou droit fiscal.

Mais, il peut surtout voir sa responsabilité recherchée sur la base d'infractions spécifiques à l'administration d'une société. Il encourt alors une sanction pénale pour un usage de biens ou de crédit de la société contraire à son intérêt social, pour une distribution de dividendes fictifs, pour une présentation inexacte de bilan ou encore pour un défaut de paiement de cotisations de sécurité sociale.

Les délits les plus fréquents apparaissent cependant être l'abus de biens sociaux et le délit de banqueroute.

**L'abus de biens sociaux**, prévu par l'article L. 242-6.3° du Code de commerce, vise les dirigeants qui, de mauvaise foi, ont fait des biens ou du crédit de la société un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement.

La Cour de Cassation sanctionne ainsi régulièrement les élus sur le fondement de l'abus de bien social, au vu d'un intérêt le plus souvent pécuniaire. Tel est notamment le cas lorsque l'élu reçoit pour un motif fallacieux des indemnités hors de proportion avec les possibilités financières de la société.

**Le délit de banqueroute**, qui sera révélé lors d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, résulte de l'accomplissement de l'un des cinq faits limitativement énumérés à l'article L. 654-2 du Code de commerce qu'il est possible de regrouper en deux catégories: l'emploi de moyens ruineux et le détournement (ou dissimulation) d'actifs.

La Cour de Cassation sanctionne ainsi le maintien abusif de sociétés par le recours à des emprunts ou à des découverts bancaires alors qu'elles se trouvent techniquement en état de cessation de paiements.

Enfin, **les incriminations fondées sur les dispositions propres aux élus locaux** couvrent de nombreux délits tels que le trafic d'influence, le délit de corruption, le délit de détournement de fonds publics ou encore le délit de concussion.

Mais les élus sont plus particulièrement recherchés sur le plan pénal sur le fondement **de la prise illégale d'intérêts et du délit dit de favoritisme**.

**La prise illégale d'intérêt**, visé à l'article 432-12 du Code pénal[41], consiste dans le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de "*prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement.*"



*41 - Il convient de remarquer qu'il sera également possible de contrôler la légalité de la délibération d'une collectivité sur le fondement de l'incrimination pénale (T.A. Nice, 8 décembre 2006, Mme Arnaud c/ Commune de Sainte Maxime, n° 0302285 et 0322286)*

Rédigé de façon très générale, ce délit concerne l'administrateur ou le membre du conseil de surveillance occupant ce poste en tant que mandataire.
Il sanctionne généralement la prise de rémunération de l'élu local irrégulièrement approuvée.

Ainsi, si une délibération expresse en bonne et due forme permet une prise légale d'intérêt pour la perception de rémunération au sein d'une Sem, son absence ou l'irrégularité de la délibération emporte la commission du délit de prise illégale d'intérêt.

Cette exemption ne vaut cependant que pour une prise de rémunération et n'a pas vocation à être invoquée pour toute prise illégale d'intérêt.

Parce que les représentants des collectivités au sein des Sem sont potentiellement dans une situation génératrice de conflit d'intérêts en ce qu'il doivent, en leur qualité d'élu, défendre les intérêts de leur collectivité, et dans le même temps, en qualité d'administrateur, défendre les intérêts potentiellement divergents, le législateur a prévu un régime particulier lorsque l'élu mandataire participe à une délibération de l'assemblée délibérante de la collectivité ou du groupement, intéressant la Sem dans laquelle il exerce ses fonctions.

L'alinéa 11 de article L. 1524-5 du CGCT dispose, en effet, que : "*les élus locaux agissant en tant que mandataires (…) ne sont pas considérés comme étant intéressés à l'affaire, au sens de l'article L. 2131-11, lorsque la collectivité ou le groupement délibère sur ses relations avec la société d'économie mixte locale*".

Il est toutefois précisé au 12ème alinéa de cet article que les élus mandataires "*ne peuvent participer aux commissions d'appels d'offres ou d'attributions de délégation de service public de la collectivité lorsque la Sem est candidate à l'attribution d'un marché ou d'une délégation de service public*".

Une telle disposition pour effet de limiter le risque d'une prise illégale d'intérêt puisqu'elle éloigne l'élu mandataire de toute tentation d'obtenir un intérêt dans l'attribution de telles conventions.

**Le délit d'avantage injustifié ou délit dit de favoritisme**, prévu par l'article 432-14 du Code pénal, consiste dans le fait pour une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés et conventions de délégations de services publics.

Les marchés passés par les Sem en application des dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005 sont visés par cette infraction.

Le délit est consommé dès lors que l'auteur de l'infraction aura procuré ou tenté de procurer un avantage injustifié, quel que soit l'aboutissement de l'acte. C'est un délit instantané qui se prescrit par trois ans à compter du jour où les faits le consommant ont été commis.

"*Toutefois, le délai de prescription de l'action publique ne commence à courir, lorsque les actes irréguliers ont été dissimulés ou accomplis de manière occulte, qu'à partir du jour où ils sont apparus et ont pu être constatés dans des conditions permet-*

*tant l'exercice des poursuites*[42]".

Si l'interdiction posée par l'article L. 1524-5, 12ème alinéa du CGCT écarte désormais le risque pénal sur le fondement du délit de favoritisme pour l'élu mandataire lorsque la Sem est prestataire, le risque pénal demeure néanmoins dans les hypothèses où la Sem est "donneur d'ordres" et organise une mise en concurrence pour satisfaire à ses propres besoins.

## La responsabilité financière de l'administrateur élu[43]

Les dispositions des articles L. 631-1 à L632-4 du Code de commerce, relatives à la procédure de redressement judiciaire et celles des articles L. 640-1 à L. 644-6 du même Code relatives à la liquidation judiciaire s'appliquent aux Sem.

Or, l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une Sem peut avoir des conséquences patrimoniales pour les dirigeants sociaux, notamment au regard de **l'action en comblement de passif** prévue par l'article L. 652-1 du Code de commerce.

Concernant cette action, la question est de savoir quelle en est la nature : civile ou pénale, afin de déterminer si l'élu peut être recherché personnellement.
Il a été jugé que cette action est de même nature qu'une action en responsabilité civile. Elle ne peut donc théoriquement être engagée à l'encontre de l'élu mandataire mais doit être dirigée contre la collectivité afin qu'elle contribue à l'insuffisance du passif[44].

Toutefois, l'obligation au paiement du passif social peut être mise à la charge de tous les dirigeants sociaux de droit ou de fait.
En effet, s'il est démontré que l'élu a commis une faute dépassant la simple faute de gestion ou a agi non dans le cadre de son mandat mais à titre personnel, il peut être considéré comme dirigeant de fait.
Dès lors, l'élu pourrait se voir condamné à verser une certaine somme au titre de l'action en comblement de passif, le cas échéant solidairement avec sa collectivité[45].

**Le redressement ou la liquidation judiciaire à titre personnel**,visé par l'article L. 621-2 du Code de commerce[46], permet de sanctionner les personnes qui ont confondu leur patrimoine avec celui de la société ou en cas de fictivité de ladite société.
Dans ce cas, le transfert de responsabilité de l'élu incriminé à la collectivité mandante, ne peut s'opérer et l'élu local dirigeant sera seul atteint par cette procédure.

**La faillite personnelle et l'interdiction de gérer** des dirigeants, prévues aux articles L. 653-1 à L. 653-11 du Code de commerce constitue, désormais une mesure d'élimination de la vie des affaires de personnes incompétentes ou malhonnêtes, dont la présence au sein du tissu économique est source de danger pour les tiers.
Cette mesure pourra être mise en œuvre lorsque la société fait l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

*42 - Cass. Crim. 27 octobre 1999 – n° 98-85214.*
*43 - Voir infra, Les SEML en difficulté*
*44 - Cass. Com. 25 juin 1991, Lebas, Bull. cass. IV, n° 239 ; Cass. Com. 26 octobre 1999, Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable c/Lourec et a, J.C.P. 1999, éd. G, n° 50.II.10221.*
*45 - Tribunal de Commerce de Marseille, avril 1993, SEML de l'Etoile à Plan de Cuques.*
*46 - Applicable par renvoi des articles L. 631-7 et L. 641-1 du Code de commerce*

Par une décision en date du 8 janvier 2002[47] la chambre commerciale de la Cour de cassation a précisé que la faillite personnelle constitue une mesure d'intérêt public, qu'elle ne revêt aucunement les caractères d'une sanction civile et qu'elle se trouve donc exclue de l'application de l'article 8 de la loi du 7 juillet 1983 (article L. 1524-5 al. 8 du CGCT). Par conséquent, l'élu supporte personnellement les effets de la faillite, sa responsabilité n'étant pas assumée par la collectivité.

**Les effets de la faillite personnelle** sont de deux ordres :

- l'un financier, puisque les créanciers recouvrent leur droit de poursuite individuelle à l'encontre de l'élu ;
- l'autre consistant en l'exclusion de la vie des affaires par une interdiction, qui ne peut être supérieure à 15 ans, de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole, toute personne morale ayant une activité économique. De ce fait, il ne pourra, en aucun cas, briguer ou se maintenir dans les fonctions d'une Sem quelle qu'elle soit, le prononcé de la faillite personnelle entraînant des déchéances et interdictions (déchéance de certains droits civiques, politiques, professionnels, honorifiques, etc.).

## La responsabilité devant la Cour de discipline budgétaire et financière

Aux termes de l'article L. 312-1,II,e et dernier alinéa du Code des juridictions financières, les élus locaux ne sont pas justiciables de la Cour de discipline budgétaire et financière "à raison d'actes accomplis dans leurs fonctions" et cette immunité est étendue "aux fonctions accessoires obligées de leur fonction principale".

Cependant, dans plusieurs arrêts[48], la Cour de discipline budgétaire et financière a estimé que la fonction de président ou de président-directeur général de Sem n'était pas "l'accessoire obligé" du mandat de conseiller municipal, car aucune disposition législative ou réglementaire n'imposait que la présidence soit confiée à l'un des administrateurs représentant la commune.

Par conséquent, lorsqu'ils sont présidents ou président-directeur général d'une Sem, les élus locaux sont justiciables de la Cour de discipline budgétaire et financière.

## La responsabilité devant le juge des comptes

Les administrateurs de Sem peuvent enfin voir leur responsabilité financière mise en cause par les Chambres régionales des comptes ou la Cour des comptes, lorsqu'ils ont contrevenu aux règles relatives à la comptabilité publique, notamment à celles de séparation des ordonnateurs et des comptables.

Tel est le cas dans l'hypothèse où la Sem sera réputée avoir détenu ou manipulé indûment des deniers publics, en recevant, par exemple, des sommes d'argent versées par une personne publique sans titre.
En pareil cas, la gestion de fait sera constituée, et les gestionnaires pourront être condamnés, à titre personnel, à reverser dans les caisses de la personne publique, les sommes dont l'utilisation n'est pas reconnue d'utilité publique et à l'amende financière.

*47 - Cass. Com. 8 janvier 2002, José Moustache, pourvoi n° 98-19.959.*
*48 - CDBF 19 juillet 1974, De Grailly, PDG de la SEMVI et consorts, J.O. 4 février 1978, Rec. p. 803 ; CDBF 16 juin 1987, SEMVIJA, Sieur Lebas, J.O. 23 février 1988, p. 2528 ; CDBF 23 février 1994, MM. X et Y, J.O. 1er novembre 1994, p. 15583, Rec. p. 719, RDP 1996, p. 241, note Guy Durand.*

## La responsabilité pénale des Sem

En posant le principe que “*les personnes morales, à l’exclusion de l’État, sont responsables pénalement des infractions commises pour leur compte, par leurs organes ou représentants*”, l’article 121-2 du Code pénal vise directement les Sem.

Il en résulte qu’une Sem peut être déclarée pénalement responsable s’il est possible d’établir qu’une infraction pénale a été commise pour son compte par un organe ou un représentant sans qu’il soit nécessaire que l’organe ou le représentant soit personnellement déclaré coupable des faits reprochés à la Sem.

Au sens pénal, les organes d’une Sem désignent d’une manière générale les dirigeants dotés du pouvoir de représenter la société à l’égard des tiers tel que le directeur général ou encore les organes collégiaux de direction tels que le conseil d’administration ou le directoire.

Lorsqu’il est fait référence au représentant d’une Sem, on vise toute personne pourvue de la compétence, de l’autorité et des moyens nécessaires, ayant reçu une délégation de pouvoirs de la part des organes de la Sem.

La responsabilité pénale des personnes morales n’est pas générale et ne peut être mise en œuvre qu’à condition d’être spécialement prévue par un texte. Il n’empêche que les infractions susceptibles d’être retenues à l’encontre d’une Sem sont nombreuses puisqu’il s’agit théoriquement de la plupart des infractions prévues au Code pénal ou par des textes particuliers.

En effet, si les collectivités territoriales et leurs groupements ne peuvent être pénalement poursuivis que pour les infractions commises dans l’exercice d’activités susceptibles de faire l’objet de conventions de délégation de service public, les Sem ne bénéficient pas d’une telle limitation.

Les sanctions pénales pouvant être prononcées à l’encontre d’une Sem sont multiples puisqu’aux termes de l’article 131-39 du Code pénal peut notamment être prononcé pour un crime ou un délit :

- la dissolution de la société ;
- l’interdiction à titre définitif ou pour une durée de cinq ans d’exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ;
- le placement, pour une durée de cinq ans au plus, sous contrôle judiciaire ;
- la fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans d’un ou de plusieurs des établissements de l’entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés ;
- l’exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans ;
- l’amende.

La dissolution de la société n’est toutefois qu’une sanction très limitée puisqu’elle ne peut être prononcée que pour des infractions d’une extrême gravité (abus de confiance, escroquerie, atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation, …) et dans les seules hypothèses où la personne morale aura été créée ou détournée de son objet pour commettre l’infraction.

L’amende dont le taux maximum est fixé pour les personnes morales au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques (article 131-38 du Code pénal) est, au contraire, plus couramment prononcée.

Les sanctions pénales pouvant être prononcées à l’encontre d’une Sem au titre d’une peine contraventionnelle sont plus limitées et seront le plus souvent constituées par une amende fixé au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques à l’instar de l’amende pour un crime ou un délit (article 131-41 du Code pénal).

# Chapitre IV

# Les relations financières

## entre les Sem et les collectivités locales

**La définition des relations financières** entre les Sem et les collectivités locales résulte de la combinaison de plusieurs dispositifs que sont :

- Le dispositif législatif et réglementaire relatif aux aides économiques aux entreprises privées ;
- Le texte fondateur du statut des Sem autorisant les collectivités locales à prendre des participations dans de telles sociétés ;
- Les textes autorisant les concours financiers des collectivités locales aux Sem pour poursuivre des objectifs définis par la loi.

La loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, d'une part, la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 relative à la modernisation du statut des Sem, d'autre part, et la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, enfin, ont redéfini la teneur des relations financières entre les Sem et les collectivités locales et ouvert de nouvelles possibilités de concours financiers de ces dernières envers ces sociétés.

La Loi n°2004-809 du 13 août 2004 sur les libertés et les responsabilités locales, précisée par la circulaire du 3 juillet 2006 (NOR : MCMB0600060C), a sensiblement modifié le régime des **aides économiques** aux entreprises ainsi que le régime des aides destinées aux opérations touchant le logement social.

Par ailleurs, des relations financières entre des Sem et les collectivités locales peuvent naître du fait des **garanties d’emprunt** accordées par les collectivités, actionnaires ou non, aux Sem.

Seront successivement abordés les concours financiers accordés aux Sem dans le cadre :

- Du dispositif des aides économiques aux entreprises ;
- Des aides à la structure ;
- Des aides aux activités.

## Les concours financiers accordés dans le cadre des aides économiques aux entreprises :

Les aides économiques aux entreprises sont strictement encadrées. Toutefois, certaines aides peuvent être accordées par dérogation à ce dispositif.

### Le principe général d'encadrement des aides économiques

Ce régime se trouve applicable aux relations financières existant entre les Sem et les collectivités locales sous réserve des dérogations introduites spécifiquement pour ces sociétés.

Conformément à l'article L. 1511-1-1 nouveau du CGCT, les aides économiques aux entreprises s'inscrivent dans le cadre des actions de développement économique des collectivités territoriales et de leur groupement.

Dans ce cadre, ces collectivités peuvent accorder des aides aux Sem, comme aux entreprises privées. Sur ce point, l'article 1er de la loi du 13 août 2004 a réformé la définition et le régime des aides tant sous l'angle de leur nature que de celui de leurs bénéficiaires.

Le décret n°2007-732 du 7 mai 2007 est venu préciser les zones d'aides à finalité régionale les zones d'aides à l'investissement des PME.

### La définition des aides aux entreprises

- **Nature des aides**

On distingue maintenant les aides octroyées au titre des articles L. 1511-2, L. 1511-3 et L. 1511-5 du CGCT.

**Les aides de l'article L. 1511-2 du CGCT** revêtent la forme de prestations de services, de subventions, de bonifications d'intérêt et de prêts et avances remboursables à taux nul ou à des conditions plus favorables que celles du taux moyen des obligations. Elles comprennent des aides précédemment considérées comme directes auxquelles ont été ajoutées “les prestations de services” rendues par les collectivités locales aux entreprises, et qui sont assimilables aux anciennes aides indirectes.

**Les aides de l'article L. 1511-3 du CGCT.** Ce texte est spécifique aux aides à l'immobilier d'entreprise. Les aides visées sont les subventions, le rabais sur le prix de vente, la location ou la location-vente, de terrains nus ou aménagés, ou de bâtiments neufs ou rénovés. Le montant de ces aides est calculé par référence aux conditions du marché selon des règles de plafond et de zone déterminées par décret en Conseil d'État.

Suivant l'article L. 1511-2 alinéa 3 du CGCT, les aides accordées par les collectivités territoriales ou leurs groupements au titre des articles L. 1511-2 et L. 1511-3 susvisés ont pour objet la création et l'extension d'activités économiques.

**Enfin, l'article L. 1511-5 du CGCT** précise qu'une convention peut être conclue entre l'Etat et une collectivité territoriale autre que la région ou un groupement pour compléter les aides ou régimes d'aides mentionnés aux articles L. 1511-2 et L. 1511-3.
Dans ce cas, une copie de la convention est portée à la connaissance du président du conseil régional par le représentant de l'Etat dans la région.

## Les conditions d'attributions des aides

L'octroi des aides économiques aux entreprises repose sur un principe de coordination des aides, compétence dévolue à la région, sur des principes généraux, et sur des règles précises et spécifiques à chaque type d'aide.

- **Le principe de coordination régionale des aides aux entreprises**

Suivant le nouvel article L. 1511-1-1 du CGCT, la région coordonne sur son territoire les actions de développement économique des collectivités territoriales et de leurs groupements, sous réserve des missions incombant à l'Etat. Les départements, les communes ou leurs groupements ont donc seulement la possibilité de compléter les aides apportées par la région dans le cadre d'une convention passée avec cette dernière.

Dans ce cadre, elle établit un rapport relatif aux aides et régimes d'aides mis en oeuvre sur son territoire au cours de l'année civile, dans les conditions prévues par la loi, par les collectivités territoriales et leurs groupements.
A cette fin, ces collectivités et groupements transmettent, avant le 30 mars de chaque année, toutes les informations relatives aux aides et régimes d'aides mis en oeuvre dans leur ressort au titre de l'année civile précédente.

Ce rapport est communiqué au représentant de l'Etat dans la région avant le 30 juin de l'année suivante et, sur leur demande, aux collectivités précitées. Les informations contenues dans ce rapport permettent à l'Etat de remplir ses obligations au regard du droit communautaire.
Enfin, ce rapport présente les aides et régimes d'aides mis en oeuvre sur le territoire régional au cours de l'année civile et en évalue les conséquences économiques et sociales.

En cas d'atteinte à l'équilibre économique de tout ou partie de la région, le président du Conseil régional, de sa propre initiative ou saisi par le représentant de l'État dans la région, organise une concertation avec les présidents des Conseils généraux, les maires et les présidents des groupements de collectivités territoriales intéressés, et inscrit la question à l'ordre du jour de la prochaine réunion du Conseil régional ou de la commission permanente.

### Les principes généraux

Les aides que les collectivités locales peuvent accorder aux Sem se trouvent soumises aux principes généraux régissant les interventions économiques des collectivités locales.

• Le principe de liberté du commerce et de l'industrie

La référence à ce principe signifie que les aides des collectivités locales ne doivent pas fausser le jeu de la concurrence (T.A. Grenoble, 27 janvier 1988, Ruphy et autres c/Commune de La Clusaz).

• Le principe d'égalité des citoyens devant la loi

Les Sem placées dans une situation comparable doivent être traitées de la même façon et doivent pouvoir bénéficier des mêmes aides.

• Le respect des règles de droit communautaire

Les dispositions du Traité instituant la communauté européenne (ci-après Traité CE) du 25 mars 1957 encadrent strictement les aides publiques aux entreprises.
Toutefois, la mise en oeuvre de ces dispositions est moins contraignante qu'il n'y paraît.

Les aides accordées par les collectivités locales aux Sem doivent être compatibles avec les dispositions du Traité CE, notamment en son article 87, précisé par le règlement n°1628/2006 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité aux aides nationales à l'investissement à finalité régionale (JOUE n°L 302 du 1er novembre 2006)

Ces dispositions ne les autorisent que si elles n'affectent pas les échanges intracommunautaires ou qu'elle entrent dans un des quatre types d'aides autorisées par le paragraphe 3 de l'article 87 du Traité CE.

Ces quatre types d'aides sont :

- Les aides destinées à favoriser le développement économique des régions dans lequel le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous emploi ;
- Les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre ;
- Les aides dont le but est de faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun (c'est cette dérogation qui est la plus utilisée en France) ;
- Les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans la communauté dans une mesure contraire à l'intérêt commun.

Les autres aides n'entrant pas dans l'une de ces catégories doivent, en principe, être préalablement notifiées à la commission européenne pour que celle-ci puisse s'assurer de leur compatibilité avec le Traité CE.

En la matière, la loi du 13 août 2004 introduit un article L. 1511-1-1 au CGCT qui pose des obligations précises à l'Etat en matière de notification. En effet, il appartient à l'Etat de notifier à la commission européenne les projets d'aides ou de régimes d'aides que les collectivités territoriales et leurs groupements souhaitent mettre en oeuvre, sous réserve de leur compatibilité avec les stratégies de développement de l'Etat, telles qu'elles sont arrêtées en comité interministériel d'aménagement et de développement du territoire.

Par ailleurs, toute collectivité territoriale ou tout groupement de collectivités territoriales ayant accordé une aide à une entreprise est tenu de procéder sans délai à sa récupération si une décision de la commission européenne ou un arrêt de la cour de justice des communautés européennes l'y enjoint, à titre provisoire ou définitif. À défaut, après une mise en demeure restée sans effet dans un délai d'un mois à compter de sa notification, le représentant de l'Etat territorialement compétent y procède d'office par tout moyen.

Il est précisé que les collectivités territoriales et leurs groupements supportent les conséquences financières des condamnations qui pourraient résulter pour l'Etat de l'exécution tardive ou incomplète des décisions de récupération. Cette charge constitue alors une dépense obligatoire au sens de l'article L. 1612-15.

Les obligations résultant de la procédure prévue à l'article 88-1 du Traité instituant la Communauté européenne et de la mise en oeuvre des règlements d'exemption pris en application de l'article 89 dudit Traité s'imposent aux collectivités territoriales et à leurs groupements lorsqu'elles concernent leurs dispositifs d'aide aux entreprises.

**Les autres aides doivent être notifiées à la commission européenne, sauf si elles restent au-dessous d'un seuil fixé par la commission à 100 000 € pour une même entreprise sur une période de trois ans** ("règle de minimis" : cf. règlement CE n°1998/2006 de la commission du 15 décembre 2006 concernant l'application des articles 87 et 88 du Traité CE aux aides de minimis).

### ● Les conditions spécifiques d'octroi de chaque type d'aides

#### • Pour les aides de l'article L. 1511-2 du CGCT

Le conseil régional définit le régime et décide de l'octroi des aides visées à cet article. Les départements, les communes et leurs groupements peuvent participer au financement de ces aides dans le cadre d'une convention passée avec la région. Toutefois, en cas d'accord de la région, la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales auteur du projet d'aide, ou de régime d'aides, peut le mettre en oeuvre.

#### • Pour les aides de l'article L. 1511-3 du CGCT

Ces aides à l'immobilier de l'entreprise peuvent être attribuées seules ou conjointement par les collectivités territoriales et leurs groupements. Ces aides donnent lieu à l'établissement d'une convention et sont versées soit directement à l'entreprise bénéficiaire, soit au maître d'ouvrage, public ou privé, qui en fait alors bénéficier intégralement l'entreprise. Le montant de ces aides est calculé par référence aux conditions du marché, selon des règles de plafond et de zone déterminées par décret en Conseil d'État.

• Pour les aides visées par l'article L.1511-5 du CGCT

Cet article confirme la possibilité pour les collectivités territoriales autres que la région ou pour un groupement de décider de compléter les aides ou régimes d'aides régionaux mentionnés aux articles L. 1511-2 et L. 1511-3 à la condition d'avoir passé une convention avec l'Etat. Dans ce cas, une copie de la convention est portée à la connaissance du président du Conseil régional par le représentant de l'Etat dans la région.

## Les aides autorisées par dérogation au dispositif sur les aides économiques aux entreprises.

### Les aides destinées au maintien des services nécessaires à la population en milieu rural

Respectivement en application des articles L. 2251-3, L. 3231-3 et L. 4211-1 du CGCT, les communes, les départements et les régions peuvent tous accorder des aides pour assurer la création ou le maintien des services nécessaires à la satisfaction des besoins de la population en milieu rural si l'initiative privée est défaillante, et sous réserve de la conclusion avec le bénéficiaire de l'aide d'une convention fixant les obligations de ce dernier.

Pour l'octroi de ces aides, plusieurs conditions doivent être réunies :

- Les aides ne peuvent avoir pour objet que la création ou le maintien d'un service qui concourt à la satisfaction des besoins de la population : restaurants, hôtels, etc. En revanche, les activités purement industrielles ou artisanales ne sont pas considérées comme un service par le juge administratif,
- Les aides doivent être uniquement destinées au milieu rural,
- L'initiative privée doit être soit absente, soit défaillante, du fait de la mauvaise qualité des prestations fournies ou de la pratique de prix prohibitifs.

Le régime juridique applicable est le suivant :

- Quelle que soit la collectivité, elle doit passer avec l'entreprise bénéficiaire une convention fixant les obligations de cette dernière,
- Lorsqu'ils souhaitent intervenir, les départements et les régions doivent obtenir préalablement l'avis du conseil municipal de la commune concernée.

### Les aides versées en vue de protéger les intérêts économiques et sociaux de la population départementale et régionale

Respectivement en application des articles L. 3231-3 et L. 4211-1 du CGCT, lorsque la protection des intérêts économiques et sociaux de la population départementale et régionale, les départements et les régions sont autorisés à verser des aides aux entreprises pour la mise en oeuvre de mesures de redressement prévues par une convention passée avec celles-ci, dans les mêmes conditions des celles destinées au maintien des services nécessaires à la population en milieu rural.

## Les concours financiers consentis dans le cadre d'aides à la structure de la Sem

La conception française des aides repose sur la distinction entre les aides à la structure et les aides aux opérations qui seront présentées dans un second temps.

La loi du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des Sem a ouvert la possibilité aux collectivités territoriales et à leurs groupements d'aider au développement de la structure des Sem en permettant la participation aux augmentations de capital et en par l'accord des avances en compte courants d'associés.

En cela, le législateur remédie aux difficultés nées de l'interprétation très restrictive faite de la jurisprudence du Conseil d'Etat "Préfet du Département des Alpes de Haute Provence c/ Cne d'Allos" (CE, 17 janvier 1994, Rec. 18) en permettant aux collectivités locales de jouer un rôle d'actionnaire à part entière.

Par dérogation aux dispositions concernant les aides économiques aux entreprises visées, l'article L. 1522-4 du CGCT autorise désormais les collectivités territoriales et leurs groupements, en qualité d'actionnaires, à prendre part aux modifications de capital ou à allouer des apports en compte courant d'associés aux Sem.

Cette disposition vise ainsi à réglementer les apports en compte courants d'associés consentis par les actionnaires du premier groupe, c'est-à-dire les communes, départements, régions et leurs groupements.

Ces concours financiers sont strictement encadrés et consentis suivant les modalités précisées à l'article L. 1522-5 du CGCT. Ainsi, l'apport en compte courant d'associés doit être alloué dans le cadre d'une convention expresse entre la collectivité territoriale ou le groupement actionnaire, d'une part, et la Sem, d'autre part, qui prévoit, à peine de nullité :

- La nature, l'objet et la durée de l'apport, qui ne peut être supérieur à deux ans, éventuellement renouvelable une fois ;
- Le montant, les conditions de remboursement, éventuellement de rémunération ou de transformation en augmentation de capital dudit apport.

Aux termes de la période ainsi fixée, l'apport est remboursé ou transformé en augmentation de capital. La convention devra mentionner à quelles conditions l'alternative sera exécutée et, le cas échéant, la rémunération de l'apport.

Par ailleurs, aucune nouvelle avance ne peut être accordée par une même collectivité ou un même groupement avant que la précédente n'ait été remboursée ou incorporée au capital.

À ce titre, le texte précise qu'aucune avance ne peut servir à rembourser une autre avance.

S'agissant de la capacité pour les collectivités territoriales et leurs groupements de consentir un apport, le législateur a posé une triple limite liée à leur situation financière :

- D'une part, la transformation de l'apport en augmentation de capital ne peut avoir pour effet de porter la participation de la collectivité ou du groupement au capital social de la Sem au-delà de 85 % (Art. L. 1522-22 CGCT) ;
- D'autre part, la collectivité ou le groupement ne peut consentir l'avance à la Sem si la totalité des avances déjà consenties dépasse avec cette nouvelle avance, 5 % des recettes réelles de la section de fonctionnement du budget de la collectivité ou du groupement (Art. L. 1522-5 CGCT) ;
- Enfin, aucune avance ne peut être accordée par les collectivités territoriales et leurs groupements si, du fait de pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres de la Sem sont devenus inférieurs à la moitié du capital social (Art. L. 1522-5 CGCT).

Pour permettre une totale transparence de l'opération, l'octroi, le renouvellement ou la transformation en capital d'un apport en compte courant d'associés fait l'objet d'une délibération des assemblées délibérantes des collectivités territoriales et de leurs groupements actionnaires de la Sem.

Celles-ci se prononcent au vu :

- D'un rapport du représentant de la collectivité territoriale ou du groupement au conseil d'administration ou au conseil de surveillance de la Sem ;
- D'une délibération du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de la Sem exposant les motifs d'un tel apport et justifiant son montant et sa durée ainsi que les conditions de son remboursement, de son éventuelle rémunération ou de sa transformation en augmentation de capital.

Pour les actionnaires privés, les apports en compte courant sont libres et consentis dans les conditions de droit commun, sous réserve qu'ils n'aient pas pour effet de porter leur participation au capital, en cas d'incorporation, au-delà de 50 % moins 1 action.

## Les concours financiers consentis dans le cadre d'aides aux opérations des Sem

Le droit français rejoint là le droit communautaire pour qui importe surtout la nature de l'activité : les fonds structurels sont effectivement éligibles aux Sem et il est erroné d'invoquer le droit communautaire pour refuser l'éligibilité des Sem aux financements communautaires, à partir du moment où les opérations en cause sont conformes aux règlements FEDER et/ou FSE (n°1080/2006, n°1081/2006, n°1083/2006).

Cependant, à la suite du constat de difficultés rencontrées par les Sem pour accéder aux cofinancements communautaire du FEDER ou du FSE, le gouvernement a adressé une instruction en date du 5 février 2004 aux services de l'Etat gestionnaires des fonds communautaires relative à l'éligibilité des Sem aux financements des fonds structurels 2000-2006.

Résultant d'un travail interministériel conduit par la DATAR, cette instruction, validée par le Premier Ministre, a eu pour objet de rappeler les principes généraux d'éligibilité des Sem aux fonds structurels.

En outre, elle distingue deux cas de figure dans l'appréciation et l'instruction des demandes de subventions pour les projets portés par des Sem : le cas où ces sociétés agissent pour le compte des collectivités territoriales et celui où elles agissent pour leur propre compte.

Ainsi, lorsque la Sem intervient pour le compte d'une collectivité locale dans le cadre d'un conventionnement pour une mission d'intérêt général, le projet porté par la Sem doit être instruit et subventionné, le cas échéant, dans les mêmes conditions que les projets sous maîtrise d'ouvrage publique.

Par contre, lorsque la Sem agit pour son propre compte, hypothèse beaucoup moins fréquente que la précédente, son projet doit être instruit dans le respect des règles de concurrence applicables aux aides publiques aux entreprises.

S'agissant des fonds structurels 2007-2013, un projet d'instruction identique est en cours de réalisation et sera prochainement adressé aux Préfets de régions.

Au niveau national, les principales opérations conventionnées entre les Sem et les collectivités sont notamment les opérations d'aménagement, les délégations de service public, les opérations de mandat et les opérations de construction de logements.

Les collectivités locales ont la possibilité d'accorder des aides supplémentaires aux Sem qui, bien qu'apportées à la société, concernent en réalité l'opération gérée dans le cadre de la convention.

Les relations financières entre Sem et collectivités dans le cadre de telles opérations résultent de la mise en oeuvre de dispositions législatives et réglementaires spécifiques qui dérogent au régime général posé par les articles L. 1511-1 et suivants du CGCT.

Il s'agit :

- des participations financières et des avances consenties dans le cadre des concessions d'aménagement ;
- des concours financiers pour les Sem mandataires d'une maîtrise d'ouvrage publique ;
- des concours financiers autorisés en matière de logement social ;
- des compléments de prix aux Sem gérant des SPIC ;
- des concours financiers aux opérations de réhabilitation de l'immobilier de loisir ;
- des aides à la promotion économique du territoire ;
- des aides prévues par des textes spécifiques (spectacles, sport...).

La mise en œuvre de projets peut faire l'objet d'aides publiques dans le cadre par exemple des contrats de plan ; toutes ces formes d'aides sont applicables aux Sem comme aux autres sociétés.

Le fait que la collectivité ne soit pas actionnaire ne modifie en rien les règles.

## Les participations financières et les avances au titre de l'article L.1523-2 du CGCT dans le cadre des concessions d'aménagement

L'article 5 de la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux Sem autorisait une collectivité locale ou un groupement à accorder une participation financière ou une avance de fonds à une Sem à laquelle elle a confié une mission, à certaines conditions notamment que l'aide ne se fasse pas dans le cadre d'une prestation de services.

L'article 6 de la loi n° 2005-809 du 20 juillet 2005 relative aux concessions d'aménagement propose une rédaction nouvelle de cet article :

Désormais, la concession d'aménagement visée à l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme doit prévoir à peine de nullité :

- Le montant de la participation financière du concédant ainsi que les modalités du contrôle technique, financier et comptable exercé par le concédant dans les conditions de l'article L.300-5 du Code de l'urbanisme.
  Cet article impose par ailleurs que le traité de concession prévoie, à peine de nullité, les modalités de cette participation qui peut prendre la forme d'apports en nature, le montant total de cette participation, et s'il y a lieu, sa répartition en tranches annuelles ;
- Les conditions dans lesquelles le concédant peut consentir des avances justifiées par un besoin de trésorerie temporaire de l'opération, qui doivent être en rapport avec les besoins réels de l'opération mis en évidence par le compte-rendu financier visé à l'article L. 300-5 du Code de l'urbanisme (article L. 1523-2, 4° du CGCT).
  Ces avances doivent faire l'objet d'une convention approuvée par l'organe délibérant du concédant et précisant leur montant, leur durée, l'échéancier de leur remboursement ainsi que leur rémunération éventuelle.

Il semble que cette convention, qui s'entend comme de nature purement financière, ait à être distincte de la convention d'aménagement elle-même. En outre, le bilan de la mise en oeuvre de cette convention est présenté à l'organe délibérant du concédant en annexe du compte-rendu annuel.

Par ailleurs, en corollaire à ces concours financiers consentis aux Sem par les collectivités publiques actionnaires, ces dernières sont désormais autorisées à élire au Fonds de compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée le financement d'un équipement public destiné à être intégré dans leur patrimoine, dans les conditions prévues à l'article L. 300-5 du Code de l'urbanisme.

Toutefois, il est important de voir dans chaque cas l'origine du financement de l'opération. Ainsi, la collectivité concernée ne pourra élire la dépense au Fonds de compensation pour la TVA que si celle-ci a été supportée sur budget propre.

Tel n'est pas le cas en revanche, par exemple, lorsque la part du coût des équipements publics a été acquittée à l'aide d'une subvention accordée par l'Etat à la collectivité concernée.

Si les conditions nécessaires à l'octroi de participations financières ou d'avances ne sont pas réunies, les collectivités territoriales et leurs groupements ne pourront accorder de concours financiers que dans le cadre de l'article L. 1511-2 du CGCT relatif à l'octroi d'aides économiques directes aux entreprises.

Au surplus, l'article 62 de la loi n° 2003-590 du 2 juillet 2003 urbanisme et habitat, modifié par la loi n°2005-809 du 20 juillet 2005, a précisé aux deux derniers alinéas à l'article L. 1523-2 du CGCT :

- Désormais, un traité de concession peut prévoir les conditions dans lesquelles d'autres collectivités territoriales apportent, le cas échéant, leur aide financière pour des actions et opérations d'aménagement public visées aux articles L. 300-1 à L. 300-5 du Code de l'urbanisme. Dans ce cas, un accord spécifique est conclu entre le concédant et la collectivité qui accorde la subvention.
- En outre, cette disposition confirme que l'ensemble des concours financiers visés à l'article L. 1523-2 du CGCT ne sont pas régis par les dispositions relatives aux aides économiques réglées par les articles L. 1511-1 et suivants du CGCT.

## Les concours financiers dans le cadre de la loi du 12 juillet 1985 pour les Sem mandataires d'une maîtrise d'ouvrage publique

La loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée définit les conditions dans lesquelles les maîtres d'ouvrage public peuvent confier certaines de leurs attributions à un mandataire qui agit en leur nom et pour leur compte.

Depuis la modification de cette loi suivant l'ordonnance du 17 juin 2004, le mandat n'est plus réservé à certaines personnes mais ouvert à toute personne publique ou privée. Par suite, les Sem continuent de pouvoir bénéficier d'une telle délégation.

Selon l'article 5 b de cette loi modifiée, les rapports entre le mandataire et le maître d'ouvrage public "*sont définis par un contrat écrit qui prévoit à peine de nullité : le mode de financement de l'ouvrage ainsi que les conditions dans lesquelles le maître d'ouvrage fera l'avance de fonds nécessaire à l'accomplissement du contrat ou remboursera les dépenses exposées pour son compte et préalablement définies*".

Ainsi, dans le cadre d'un tel contrat, une avance de fonds d'une collectivité locale à une Sem mandataire d'une maîtrise d'ouvrage publique n'est donc possible que si :

- Les conditions dans lesquelles se fera l'avance de fonds sont prévues dans la convention de mandat passée entre la collectivité locale et la Sem,
- L'avance de fonds est nécessaire à l'accomplissement de la convention.

Certaines opérations, et notamment la réalisation d'ouvrages d'infrastructure (ex : réseaux, voirie) dans le cadre d'une ZAC ou d'un lotissement, ne sont pas soumises à la loi du 12 juillet 1985.

Les Sem ne peuvent pas bénéficier pour ces opérations d'un contrat de mandat au titre de cette loi, et ne peuvent donc pas, par voie de conséquence, obtenir dans ce cadre les aides ci-dessus définies.

Elles peuvent néanmoins recevoir un mandat au titre de l'article R. 321-20 du Code de l'urbanisme pour : la réalisation d'études, des acquisitions foncières, l'exécution de travaux ou encore la construction d'ouvrages ou de bâtiments de toute nature. En application de ces dispositions, elles peuvent alors bénéficier d'avances.

De la même manière, l'article 8 de la loi du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains et la Loi n°2005-/809 du 20 juillet 2005 en son article 1er

ont modifié l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme pour permettre aux Sem d'être désignées comme mandataires afin d'assurer le suivi des études préalables nécessaires à la définition et aux caractéristiques d'une concession d'aménagement. Dans ce cas également, l'ensemble du financement du projet pourrait être porté à la charge de la collectivité mandante.

Toutefois, au regard de l'évolution jurisprudentielle en matière de qualification des concessions d'aménagement en marché public, en cas de réalisation par la Sem de réelles prestations de services, l'opération d'aménagement pourra être requalifiée en marché public de services et l'avance ainsi consentie, de prix.

## Les concours financiers autorisés en matière de financement de logement social

Ils procèdent de l'application des articles L. 1523-5 du CGCT et L. 1523-6 du CGCT.

Ces dispositions ont été nouvellement créées par l'article 62 de la loi du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains et permettent aux communes et aux départements d'accorder des concours financiers spécifiques aux Sem exerçant une activité de construction ou de gestion de logements.

Conformément à l'article L. 1523-5 précité, les collectivités territoriales et leurs groupements pourront accorder aux Sem exerçant une activité de construction ou de gestion de logements des subventions et des avances destinées à des programmes de logements sociaux, et à leurs annexes. Il convient de noter que ces subventions et avances ne sont pas limitées aux subventions d'investissement. En conséquence, la Fédération des Sem considère que sont autorisées les subventions d'exploitation et d'investissement et les avances.

Ces programmes portent notamment sur la réalisation de logements sociaux par la voie de la construction d'immeubles neufs, de la réhabilitation ou des grosses réparations effectuées sur des immeubles appartenant aux Sem concernées.

L'octroi de ces concours financiers suppose une délibération des organes délibérants de la collectivité concernée, votée au vu d'une étude financière détaillant le coût total de l'investissement immobilier, de l'équilibre prévisionnel d'exploitation et d'un rapport sur la situation financière de la société.

La participation ne porte pas sur la totalité du financement. En effet, l'article L. 1523-5 du CGCT précise que : "*La subvention accordée est au plus égale à la différence entre le coût de l'opération et le total des autres financements qui lui sont affectés. Lorsque cette condition n'est pas remplie, son montant est, le cas échéant, réduit au plus tard un an après la mise en service de l'opération*".

La participation doit faire l'objet d'une convention fixant les obligations contractées par la société en contrepartie des financements accordés pour les logements.

Dans le cadre de l'article L. 1523-6 du CGCT, les communes et les départements peuvent, seuls ou conjointement, accorder des subventions exceptionnelles aux Sem exerçant une activité de construction ou de gestion de logements sociaux, lorsque ces sociétés sont confrontées à des difficultés dues à un déséquilibre grave et durable des programmes immobiliers visés à l'article L. 1523 5 du CGCT.

Dans tous les cas, l'octroi de ces concours exceptionnels est subordonné à la conclusion d'une convention fixant la nature, le montant et la durée des subventions ainsi attribuées.

Ces subventions doivent également être votées par délibération des assemblées délibérantes des collectivités concernées au vu d'un rapport spécial établi par la société sur son activité de logement social auquel est annexé un rapport du commissaire aux comptes.

Les assemblées délibérantes doivent être régulièrement informées, au minimum une fois par an, de la mise en oeuvre effective des mesures de redressement prévues.

## Concours financier dans le cadre de la politique de l'habitat

Le Code de la construction et de l'habitation (CCH) prévoit un dispositif d'aides diverses de l'Etat à la construction d'habitations et à l'amélioration de l'habitat et des aides personnalisées au logement.

La nature de ces aides et leur contenu sont fixés aux termes de l'article L. 301-2 de ce code qui dispose que :

La politique d'aide au logement comprend notamment :

- 1° Des aides publiques à l'investissement en faveur du logement locatif, à la construction neuve de logements, à l'acquisition avec amélioration de logements existants et aux opérations de restructuration urbaine. Les aides sont majorées lorsque les logements servent à l'intégration de personnes rencontrant des difficultés sociales particulières ;
- 2° Des aides publiques, accordées sous condition de ressources, aux personnes accédant à la propriété de leur logement, sous la forme d'avances remboursables sans intérêt et de prêts d'accession sociale à taux réduit ;
- 3° Des aides publiques à l'investissement pour les travaux d'amélioration des logements existants réalisés par les propriétaires bailleurs, dans le parc locatif social et dans le parc privé, ainsi que par les propriétaires occupants sous condition de ressources ;
- 4° Des aides publiques à l'investissement pour les logements locatifs privés soumis en contrepartie à des conditions de loyer encadré et destinés à des personnes sous condition de ressources ;
- 5° Des aides personnelles au logement, dont l'aide personnalisée instituée au chapitre Ier du titre V du présent livre, qui sont versées aux locataires ou aux propriétaires accédants, sous condition de ressources.

Dans ce cadre, le CCH réglemente les conditions d'octroi de ces aides. L'article 61 de la loi du 13 août 2004 relative aux responsabilités locales permet à l'Etat de déléguer aux collectivités territoriales et à leur groupement l'attribution des aides publiques en faveur de la construction, de l'acquisition, de la réhabilitation et de la démolition de logement sociaux, de celles en faveur de la rénovation de l'habitat privé, de celles en faveur de la location-accession et de celles destinées à la création de place d'hébergement ainsi que, dans les départements et régions d'outre mers, des aides directes en faveur de l'accession sociale à la propriété.

Suivant le nouvel article L. 312-2-1 du CCH inséré par l'article 61 de la loi du 13 août 2004 susvisé et entrant en vigueur au 1er janvier 2005, et tel que modifié par l'article 37 de la loi n°2006-872 du 13 juillet 2006, un dispositif analogue est prévu au niveau local.

Ainsi, en complément ou indépendamment des aides de l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale peuvent apporter des aides destinées à la réalisation de logements locatifs sociaux, à la réhabilitation ou à la démolition de logements locatifs ainsi que de places d'hébergement, ainsi qu'aux opérations de rénovation urbaine incluant notamment la gestion urbaine et les interventions sur les copropriétés dégradées.
Ils peuvent également apporter, sous condition de ressources, des aides aux propriétaires occupants pour l'amélioration de l'habitat, et aux personnes accédant à la propriété ainsi que des compléments aux aides mentionnées au 5° de l'article L. 301-2. Ils peuvent, à cet effet, conclure des conventions avec l'Agence nationale de l'habitat, par lesquelles ils lui confient, en leur nom et pour leur compte, la gestion des aides destinées aux propriétaires bailleurs et occupants.

Enfin, suivant le nouvel article L. 2252-5 du CGCT, introduit par l'article 64 de la loi du 13 août 2004 précitée, les communes peuvent accorder une garantie d'emprunt ou leur cautionnement pour les opérations de construction, d'acquisition ou d'amélioration de logements sociaux, visées à l'article L. 2252-2, et apporter à ces opérations des subventions ou des aides foncières.

Cette possibilité est ouverte nonobstant le transfert volontaire ou de plein droit de tout ou partie de ses compétences en matière de politique du logement ou d'habitat à un établissement public de coopération intercommunale.

## Les participations financières consenties aux Sem gestionnaires d'un service public

D'une part, l'octroi de participations financières répond dans tous les cas, qu'il s'agisse d'un service public administratif ou industriel et commercial, à des conditions communes :

- L'octroi de telles participations doit faire l'objet d'une convention entre la collectivité publique et la Sem, telle convention traduisant ainsi un titre permettant l'utilisation par la société des fonds ainsi alloués ;
- Le versement de telles participations financières doit être prévu dès le stade de la mise en concurrence dans le cadre de la passation de convention de délégation de service public.

D'autre part, à côté des conditions générales communes aux deux types de services, la possibilité de consentir des aides, subventions ou toute participation financière à une Sem répond également à des conditions spécifiques selon qu'elle gère un service public à caractère administratif, ou industriel et commercial.

Il est donc essentiel, lorsqu'une collectivité locale souhaite accorder une aide à une Sem au titre de sa gestion d'un service public, qu'elle détermine s'il s'agit d'un service public à caractère administratif (auquel cas l'aide est possible) ou à caractère industriel et commercial (auquel cas l'aide est, sauf exception, impossible).

Cette distinction est également fondamentale au regard des compensations de service public qui permettent aux états de financer les obligations de services publics par des aides : ce mécanisme est limité essentiellement par l'article 87 du Traité CE selon lequel sont prohibées, "*dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelle que forme que ce soit, qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions*".

Or, seuls les services d'intérêt économique général peuvent faire l'objet d'une telle compensation et les services d'intérêt économique général sont, sans pour autant que les notions coïncident, essentiellement des services publics industriels et commerciaux.

La Commission ou la Cour de justice ont, par exemple, considéré comme services d'intérêt économique général :

- La gestion de systèmes de télécommunication (CJCE, 20 mars 1985, aff. 41/83, Italie c/ Comm. : Rec. CJCE 1985, p. 873) à l'exception de la production et la vente de terminaux de télécommunications (CJCE, 13 déc. 1991, aff. 18/88, RTT) ;
- La gestion d'un port assurant le débouché le plus important pour le trafic fluvial (CJCE, 14 juill. 1971, aff. 10/71, Hein : Rec. CJCE 1971, p. 723) à l'exclusion des opérations portuaires ne présentant pas de spécificité par rapport à d'autres activités économiques (CJCE, 10 déc. 1991, aff. C-179/90, Porto di Genova : Rec. CJCE 1991, I, p. 5889) ;
- La gestion d'un office public pour l'emploi (CJCE, 23 avr. 1991, Höfner et Elser) ;
- L'approvisionnement régulier et la distribution d'eau dans des conditions de garantie totale de la protection de la santé publique (Comm. CE, déc. n° 82/371, 17 déc. 1981, Navewa-Anseau : Journal Officiel des communautés européennes 15 Juin 1982) ;
- La desserte de lignes aériennes ou ferroviaires non rentables (CJCE, 11 avr. 1989, aff. 66/86, Ahmed Saeed : Rec. CJCE 1989, p. 803) ;

## Les participations financières aux Sem gérant un service public industriel et commercial

Les Sem qui gèrent des services publics à caractère industriel et commercial (SPIC) sont soumises aux articles L. 2224-1 et suivants du CGCT s'agissant des communes et aux articles L. 3241-4 et L. 3241-5 s'agissant des départements.

Selon ces articles, les budgets des services publics à caractère industriel et commercial doivent être équilibrés en dépenses et en recettes.

Il est interdit aux communes et aux départements de prendre en charge dans leur budget propre des dépenses au titre de ces services, qu'ils soient gérés en régie, en affermage ou en concession.

Cette règle ne s'applique pas aux services à caractère administratif, ce qui ne veut pas dire qu'une telle aide serait libre, comme développé ci-dessous.

- **L'application de cette règle aux communes**

Les Sem gérant des SPIC communaux ne peuvent pas, en principe, faire supporter par le budget communal des dépenses au titre de tels services.
Toutefois, elles peuvent se voir consentir des participations financières, constitutives de "compléments de prix" dans les cas strictement définis par la loi.

S'agissant ainsi de complément de prix, elles devront leur appliquer la taxe sur la valeur ajoutée.

Ainsi, la loi prévoit par ailleurs trois circonstances dans lesquelles une commune peut octroyer une aide à un SPIC :

- Lorsque les exigences du service public conduisent la collectivité à imposer des contraintes particulières de fonctionnement,
- Lorsque le fonctionnement du service public exige la réalisation d'investissements qui, en raison de leur importance et eu égard au nombre d'usagers, ne peuvent être financés sans augmentation excessive des tarifs,
- Lorsque, après la période de réglementation des prix, la suppression de toute prise en charge par le budget de la commune aurait pour conséquence une hausse excessive des tarifs.

Ces aides doivent faire l'objet d'une délibération motivée du conseil municipal, fixant les règles de calcul et les modalités de versement des dépenses du service prises en charge par la commune, ainsi que le ou les exercices auxquels elles se rapportent.

Par exception, en application de l'article L 2224-2 du CGCT, l'interdiction faite aux communes de prendre en charge dans leur budget des dépenses liées à la gestion d'un SPIC ne s'applique pas :

- Dans les communes de moins de 3 000 habitants et les établissements publics de coopération intercommunale dont aucune commune membre n'a plus de 3 000 habitants, aux services de distribution d'eau et d'assainissement ;
- Quelle que soit la population des communes et groupements de collectivités territoriales, aux services publics d'assainissement non collectif, lors de leur création et pour une durée limitée au maximum aux quatre premiers exercices ;
- Quelle que soit la population des communes et groupements de collectivités territoriales, aux services publics d'élimination des déchets ménagers et assimilés, lors de l'institution de la redevance d'enlèvement des ordures ménagères et pour une durée limitée au maximum aux quatre premiers exercices.

- **L'application de cette règle aux départements**

Il est interdit aux départements de prendre en charge dans leur budget propre des dépenses au titre d'un SPIC, à l'exception de celles résultant de traités ou de cahiers des charges dûment approuvés (article L. 3241-5 du CGCT). Aucune condition légale relative à cette prise en charge ne leur est imposée.

- **L'application de cette règle aux régions**

Aucune disposition particulière ne traite de cette question. On pourrait en déduire que les interdictions visées précédemment ne leur sont pas applicables.

## Le mécanisme des compensations de service public

La jurisprudence a évolué à propos des avantages financiers accordés à une entreprise , et notamment aux Sem, pour qu'elle puisse assurer ses obligations de service public dans des conditions d'équilibre économique.

Dans un premier temps, un tel avantage était considéré comme une aide d'État, ce qui avait pour effet de soumettre les mesures de compensations des charges du service public au régime défini à l'article 88 du Traité CE (notification préalable à la Commission, par exemple, TPICE, 27 févr. 1997, aff. T-106/95, FFSA : Rec. CJCE 1997, II, p. 229).

Désormais, la Cour de justice estime que les compensations accordées en contrepartie d'obligations de service public et dont le montant ne dépasse pas ce qui est nécessaire au fonctionnement des services d'intérêt économique général ne procurent pas d'avantages aux entreprises bénéficiaires et, de ce fait, ne constituent pas des aides d'État au sens des articles 87 et 88 du Traité CE (CJCE, 22 nov. 2001, aff. C-53/00, Ferring : Europe 2002, comm. 28, L. Idot. – CJCE, 24 juill. 2003, aff. C-280/00, Altmark Trans GmbH : Europe 2003, comm. 330, L. Idot ; AJDA 29 sept. 2003, note S. Rodrigues, p. 1739).

Quatre conditions doivent toutefois être réunies :

- L'entité bénéficiaire doit être chargée de l'exécution d'obligations de service public clairement définies ;
- Les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon transparente ;
- La compensation ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir les surcoûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public ;
- Quand l'entité en charge de ce service n'est pas choisie selon une procédure d'appel d'offres, le niveau de compensation doit être déterminé par comparaison avec les coûts qu'une entité placée dans une situation comparable aurait à supporter.

Compte tenu des difficultés persistantes pour apprécier la réalité d'une aide d'État, la Commission a précisé par une décision du 28 novembre 2005 le cadre juridique applicable aux avantages financiers accordés à une entreprise chargée d'un service d'intérêt économique général (Com. CE, déc. n° 2005/842, 28 nov. 2005 : Journal officiel de l'Union européenne 29 Novembre 2005).

Ainsi, sont compatibles avec le marché commun et exonérées de notification, les compensations de service public inférieures à 30 millions d'euros par an octroyées à des entreprises dont le chiffre d'affaires annuel hors taxe toutes activités confondues est inférieur à 100 millions d'euros.

Ces seuils conduisent de fait à exonérer de notification préalable les fournisseurs locaux de services d'intérêt économique général, comme le sont en général les Sem.

Sont également exonérées de notifications les compensations de service public octroyées aux Sem en charge du logement social et celles octroyées aux liaisons maritimes dont le trafic annuel ne dépasse pas 100 000 passagers. Le montant de la compensation ne peut là encore pas dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public.

## Les participations financières aux Sem gérant un service public administratif

Comme indiqué plus haut, si l'interdiction faite aux communes de prendre en charge, dans leur budget communal, les dépenses au titre des SPIC ne s'applique pas à celles relatives à la gestion d'un service public administratif (SPA), la participation financière des collectivités publiques à un tel service public n'est pas totalement libre.

En effet, en principe, rien n'interdit à une collectivité publique de subventionner un service public administratif. Toutefois, l'octroi d'une telle subvention ou participation financière s'effectuera alors sur le fondement du régime général des aides économiques aux entreprises, et plus précisément encore, en application des articles L. 1511-1 et suivants du CGCT précités.

Il convient donc de se reporter aux conditions d'octroi de telles aides développées plus haut.

En outre, par exception, un SPA peut être regardé, au sens communautaire, comme un service économique d'intérêt général et ainsi, pourvoir profiter de la réglementation en matière de compensation d'obligations de service public.

## Les concours financiers aux opérations de réhabilitation de l'immobilier de loisirs

Ces opérations sont visées à l'article L. 318-5 du Code de l'Urbanisme et ont pour objet l'amélioration du parc immobilier touristique ainsi que celle des espaces publics, du stationnement, des équipements d'infrastructures et du traitement de l'environnement.

Elles tendent à améliorer l'offre qualitative de logements locatifs à destination de la clientèle touristique et du personnel saisonnier ainsi qu'à maintenir ou à développer l'offre de service de proximité.

Elles sont créées par délibération du conseil municipal ou de l'organe délibérant de l'établissement public de coopération intercommunal compétent.

La délibération créant une opération de réhabilitation de l'immobilier de loisir précise :

- Le périmètre de l'opération ;
- Les conditions de financement de l'opération et, le cas échéant, les aides susceptibles d'être accordées par les collectivités territoriales ou leurs groupements ;
- L'objectif et le délai maximal de réhabilitation de logements ;
- Les actions d'accompagnement et d'amélioration du cadre de vie prévues.

Cette délibération identifie également les bénéficiaires de ces aides que sont notamment les opérateurs, personnes physiques ou morales ayant la charge des travaux de réhabilitation et la mise en marché locatif durable.

## Les aides à la promotion économique du territoire

La loi du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des Sem a introduit une nouvelle disposition, l'article L. 1523-7, dans le CGCT. Celle-ci permet aux collectivités territoriales et à leurs groupements d'accorder aux Sem des subventions ou des avances destinées à la promotion économique du territoire ou à la gestion de services communs aux entreprises.

Une convention doit être signée pour fixer les obligations contractées par les Sem en contrepartie de ces aides.

Les activités visées peuvent se regrouper en deux catégories :

- D'une part, les activités de promotion générales en faveur du développement économique et touristique des territoires. Il peut s'agir de la réalisation de rapport, d'études économiques et financières, d'expertise sur des dossiers particuliers d'implantation, de prospection d'entreprises.
- D'autre part, l'organisation de services communs en faveur des entreprises, tels que la mise en place d'actions collectives - ce sera le cas de l'organisation de salons professionnels, de foires, de réunions techniques d'information - ou la mise à disposition des entreprises d'information juridiques et financières.

De telles aides, en revanche, n'ont en aucun cas pour objet de favoriser l'immobilier d'entreprise.

## Les objectifs recherchés

Une garantie d'emprunt est un acte par lequel une personne, dénommée le garant, s'engage, en cas de défaillance de l'emprunteur, à assurer le paiement des sommes dues au titre du prêt garanti.

La loi autorise les collectivités locales à garantir les emprunts des personnes morales publiques ou privées, et donc des Sem. Elles ne peuvent cependant pas accorder de garanties d'emprunts aux associations, groupements ou sociétés à caractère sportif (article L. 113-1 du Code du sport), ni aux entreprises en difficulté (loi n° 88-13 du 5 janvier 1988).

## Que peuvent garantir les collectivités locales ?

Seuls les emprunts et certains concours financiers à court terme peuvent être garantis.

Les Sem, comme toutes les autres personnes morales, ne peuvent demander une garantie d'une collectivité locale que pour :

- des emprunts,
- des concours financiers à court terme, dès lors qu'ils relèvent du régime juridique et comptable des emprunts, notamment par l'établissement d'un tableau d'amortissement (CE 16/1/95, Ville de Saint-Denis, requête n° 141 148).

Les autres types de garantie sont prohibés, qu'il s'agisse de la garantie de dettes commerciales, d'opérations de crédit-bail ou encore des pertes d'une Sem (CE 6/11/95, commune de Villenave d'Ornon c/ M. Pujol, requête n° 145 955).

La rémunération des garanties d'emprunt doit être exceptionnelle.
Les collectivités locales ne peuvent consentir une garantie d'emprunt assortie d'une rémunération que de façon exceptionnelle (circulaire du 24 février 1994, ministère de l'Intérieur, ministère de l'Economie et ministère du Budget). Une telle opération est en effet considérée par la loi bancaire du 24 janvier 1984 comme une opération de crédit, que seuls les établissements de crédit sont habilités à faire à titre habituel.

## Le respect des règles prudentielles

Lorsqu'elles garantissent un emprunt contracté par une Sem, les collectivités locales doivent respecter trois ratios codifiés aux articles L. 2252-1, L. 2252-2 et L. 2252-4 du CGCT pour les communes, L. 3231-4 pour les départements et L. 4253-1 et L. 4253-2 pour les régions.

Les collectivités locales ne sont cependant pas soumises à ces ratios dans plusieurs hypothèses prévues par la loi, et pour celle qui intéresse les Sem, si la garantie concerne des opérations de construction, d'acquisition ou d'amélioration de logements réalisés par une Sem.

**Les emprunts portant sur des opérations d'acquisitions foncières (dans le cadre de ZAC par exemple) sont soumis aux ratios prudentiels car il est difficile de distinguer la partie de l'emprunt consacrée à l'acquisition de terrains destinés à recevoir des logements du reste de l'opération.**

## Les trois ratios financiers à respecter

- **le ratio limitant le montant des annuités garanties**

Le montant total des annuités déjà garanties à échoir au cours de l'exercice, d'emprunts contractés par toute personne de droit privé ou de droit public, majoré du montant des annuités de la dette propre de la collectivité et du montant de la première annuité entière du nouveau concours garanti, ne doit pas dépasser 50 % des recettes réelles de la section de fonctionnement.

- **le ratio de division du risque**

Afin de prémunir les collectivités locales contre les défaillances d'un ou de plusieurs débiteurs, le montant des annuités garanties ou cautionnées au profit d'un même débiteur, exigible au titre d'un exercice, est plafonné : il ne doit pas dépasser 10 % du montant total des annuités susceptibles d'être garanties ou cautionnées.

- **le ratio de partage du risque**

Afin de limiter les risques encourus par les collectivités locales lorsqu'elles garantissent un emprunt, celles-ci ne peuvent pas garantir la totalité d'un emprunt : la quotité garantie par une ou plusieurs collectivités sur un même emprunt ne peut pas excéder 50 %. Ce ratio est porté à 80 % pour les emprunts destinés à financer les opérations d'aménagement visées aux articles L. 300-1 à L. 300-4 du Code de l'urbanisme : mise en œuvre d'une politique locale de l'habitat, organisation, maintien, extension ou accueil d'activités économiques, actions favorisant le développement des loisirs et du tourisme, réalisation d'équipements collectifs, lutte contre l'insalubrité, sauvegarde ou mise en valeur du patrimoine bâti ou non bâti et des espaces naturels.

Sont à la fois concernés les actes qui visent à conduire ou autoriser des actions ou des opérations définies ci-dessus et ceux qui visent à assurer leur harmonisation.

# Chapitre V

# Les contrôles exercés sur les Sem

Les Sem sont soumises à un ensemble de contrôles spécifiques qui trouvent leurs origines dans le fait que la société se trouve à la frontière de deux droits, le droit public et le droit des affaires.

Ces contrôles génèrent pour les Sem de nombreuses obligations, légales ou réglementaires, de communications de pièces destinées à différents organismes de contrôle.

Ne seront rappelés ici que les principaux contrôles trouvant leur origine dans le Code de commerce et le CGCT.

Leur classification peut être présentée en deux groupes. Les contrôles internes sont ceux qui sont réalisés par les organes de la société, leurs actionnaires et le commissaire aux comptes. Les contrôles externes sont constitués de tous les autres contrôles, juridictionnels ou non.

## Les contrôles internes

### Le droit d'information et de contrôle exercé par les collectivités et groupements actionnaires

**Le contrôle** par la collectivité ou le groupement actionnaire se manifeste principalement par le **rapport remis par leur représentant** au sein de la Sem.

L'article L. 1524-5 al. 14 du CGCT rappelle que "*les organes délibérants des collectivités territoriales et de leurs groupements actionnaires se prononcent sur le rapport écrit qui leur est soumis au moins une fois par an par leurs représentants au conseil d'administration ou au conseil de surveillance et qui porte notamment sur les modifications des statuts qui ont pu être apportées à la société d'économie mixte*".

**L'obligation du mandataire est donc de présenter un rapport**, au moins une fois par an, dans lequel il rend compte de l'exécution de ses missions.

L'intérêt d'un tel rapport, depuis la loi n°2002-1 du 2 janvier 2002, est l'obligation de présenter aux collectivités les modifications des statuts qui ont pu intervenir au cours de l'exercice social. En effet, certaines modifications des statuts nécessitent une délibération préalable de la collectivité : l'objet social, la composition du capital ou les structures des organes dirigeants, aux termes de l'article L. 1524-1 dernier alinéa du CGCT.

On doit admettre que lorsqu'une collectivité ou un groupement dispose de plusieurs représentants, chacun d'eux est tenu à la production de ce rapport. En pratique, on admet qu'un seul rapport peut être adressé à la collectivité ou au groupement, dès lors qu'il est signé de tous les représentants.

Lorsque ce rapport est présenté **à l'assemblée spéciale** par son ou ses représentants, celle-ci en assure la communication immédiate, aux mêmes fins, aux organes délibérants des collectivités et groupements qui en sont membres.

De même, **le délégué spécial** représentant une collectivité qui a octroyé une garantie d'emprunt à une Sem adresse à l'assemblée délibérante de la collectivité garante un rapport annuel dans lequel il rend compte des diligences effectuées.

Au sein de la Sem, ce délégué a en outre la possibilité :

- de faire consigner ses observations au procès-verbal du conseil d'administration ou de surveillance ;
- d'être entendu par les organes de direction de la Sem ;
- de procéder à la vérification des livres et des documents comptables et de s'assurer de l'exactitude de leurs mentions.

Il est enfin précisé par l'article L. 1524-5 alinéa 14 du CGCT que les organes délibérants se prononcent sur ce rapport. En pratique, ce sera une délibération qui peut émettre un avis sur l'exercice écoulé, des vœux pour les exercices futurs et, éventuellement, donner quitus au mandataire pour la période expirée. Cette délibération est insusceptible de recours[49].



*49 - C.E. 15 avril 1996, Syndicat CGT des hospitaliers de Bédarieux, AJDA 1996, p. 405.*

Conformément aux dispositions du droit des sociétés, la collectivité territoriale ou le groupement actionnaire dispose en permanence **d'une prérogative d'information** et à ce titre peut consulter à tout moment au siège social de la société, les inventaires et les comptes annuels des trois derniers exercices, les comptes consolidés, la liste des administrateurs, la liste des actionnaires, les rapports du conseil d'administration, les procès-verbaux des assemblées générales et les feuilles de présence afférentes, ou encore les rapports des commissaires aux comptes soumis aux assemblées générales annuelles.

Le droit d'information de l'actionnaire peut aussi s'exercer sous la forme de questions écrites :

- préalablement à la réunion d'une assemblée générale, quelle que soit sa participation dans le capital social. Le conseil d'administration ou de surveillance est tenu d'y répondre au cours de l'assemblée.
- deux fois par exercice, au président du conseil d'administration ou au directoire, dès lors que l'actionnaire détient au moins un vingtième du capital, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.

Par ailleurs, un ou plusieurs actionnaires, lorsqu'ils détiennent seul ou à plusieurs, au moins un vingtième du capital social de la Sem, peuvent également poser par écrit au président du conseil d'administration des questions sur une ou plusieurs opérations de gestion de la société. La réponse doit être communiquée aux commissaires aux comptes.

À défaut de réponse dans un délai d'un mois ou à défaut de communication d'éléments de réponse satisfaisants, ces actionnaires peuvent demander en référé la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion.

## Le contrôle exercé par le commissaire aux comptes

Les Sem désignent obligatoirement un ou plusieurs commissaires aux comptes. Les obligations du commissaire aux comptes relèvent soit d'une mission permanente, soit de missions ponctuelles.

### ● Mission permanente

Le commissaire aux comptes remplit une mission permanente de **contrôle des comptes sociaux**. (article L. 823-10 du Code de commerce).

A ce titre, il peut se faire communiquer toutes les pièces qu'il estime utiles à l'exercice de sa mission et notamment tous contrats, livres, documents comptables et registres des procès-verbaux. De même, il peut, à toute époque de l'année, **opérer les vérifications** ou contrôles qu'il juge opportuns, à l'encontre desquels les dirigeants sociaux ne peuvent pas faire obstacle, sous peine de sanction pénale prévue par l'article L. 820-4, 2e alinéa du Code de commerce.

Le commissaire aux comptes ne peut toutefois s'immiscer dans la gestion de la société. S'il peut être conduit à porter un jugement sur les conséquences de la gestion pour l'avenir de la société, il ne doit pas intervenir dans la mise en œuvre de mesures de redressement ou mettre en cause la compétence des dirigeants sociaux.

Ce contrôle doit permettre de certifier la régularité, la sincérité et la fidélité des comptes sociaux. Mais à l'occasion de ce contrôle, le commissaire aux comptes peut exprimer des réserves et, dans les cas ultimes, refuser de certifier les comptes sociaux. Il est obligatoirement convoqué à la réunion du conseil d'administration ou du directoire au cours de laquelle sont arrêtés les comptes de l'exercice écoulé.

Le commissaire aux comptes a également pour obligation d'**informer les dirigeants sociaux** en portant à la connaissance de l'organe collégial un certain nombre de renseignements, notamment les contrôles et vérifications effectués, ses observations, le cas échéant les irrégularités et inexactitudes découvertes, ainsi que ses conclusions.

Il **informe les actionnaires** en présentant différents rapports, lors de l'assemblée générale des actionnaires à laquelle il est obligatoirement convoqué.

Pour l'assemblée générale ordinaire, le commissaire aux comptes présente :

- un rapport général concernant la certification proprement dite des comptes, mettant si nécessaire en évidence les infractions, commises par les administrateurs ou membres du directoire, dont il a eu connaissance ;
- un rapport spécial qui vise essentiellement à informer l'assemblée générale des conditions dans lesquelles sont conclues les conventions sur lesquelles elle doit se prononcer.

Pour l'assemblée générale extraordinaire, il sera tenu de présenter un rapport, notamment pour les opérations financières.

- **Missions ponctuelles**

Le commissaire aux comptes a une **obligation d'alerte**. Ainsi, lorsque dans une société, à l'occasion de l'exercice de sa mission, il relève **"des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation"**.

La procédure d'alerte comprend trois phases décrites à l'article L. 234-1 du Code de commerce :

- le commissaire aux comptes doit informer sans délai, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, le président du conseil d'administration ou le directoire et lui demander des explications sur les faits qu'il a relevés. La réponse doit être faite dans les quinze jours qui suivent la réception de l'information, par lettre recommandée avec avis de réception ;
- dans les quinze jours qui suivent la réception de la réponse du dirigeant ou la date d'expiration du délai imparti pour celle-ci, le commissaire aux comptes invite par un écrit, dont copie est transmise au président du tribunal de commerce, le président du conseil d'administration ou le directoire, par lettre recommandée avec avis de réception, à ce que le conseil d'administration ou le conseil de surveillance soit réuni pour délibérer sur les faits relevés. Cette invitation est accompagnée du rapport spécial du commissaire aux comptes.

Dans les huit jours de leur réception, le dirigeant procède à la convocation de l'assemblée générale. Celle-ci doit, en tout état de cause, être réunie au plus tard dans le mois suivant la date de l'invitation faite par le commissaire aux comptes.

En cas de carence du dirigeant, le commissaire aux comptes convoque l'assemblée générale dans un délai de huit jours à compter de l'expiration du délai imparti au dirigeant. Il fixe l'ordre du jour de l'assemblée et peut, en cas de nécessité, choisir un lieu de réunion autre que celui éventuellement prévu par les statuts, mais situé dans le même département.
Parallèlement, le commissaire aux comptes doit informer sans délai le président du tribunal de commerce du déroulement de la procédure.

Le commissaire aux comptes doit, enfin, sous peine de sanctions pénales, **révéler au procureur de la République les faits délictueux** dont il peut avoir connaissance dans l'exercice de sa mission.

Les faits délictueux visés ici sont les infractions concernant les sociétés anonymes prévues par le Code de commerce ou toute infraction prévue par d'autres textes, dès lors qu'elle présente dans ce cas une incidence significative sur les comptes sociaux.

Il pourra alors s'agir de délit d'escroquerie ou d'abus de confiance, par exemple, mais également d'infractions propres aux élus pouvant intervenir dans une Sem, telles que la corruption, l'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics, la prise illégale d'intérêt, le détournement de fonds publics...

Le commissaire aux comptes n'est toutefois tenu de ne révéler que les faits présentant un caractère significatif (ayant pour effet de soustraire l'entreprise ou ses dirigeants à des dispositions légales spécifiques) et délibéré (démontrant la conscience de l'auteur de l'infraction de ne pas respecter la réglementation en vigueur).

Enfin, il convient de rappeler que si le commissaire aux comptes doit révéler les faits délictueux, il n'a pas à les rechercher.

## Les contrôles externes

### Le contrôle exercé par le représentant de l'État

Deux sortes de "contrôles" peuvent être déclenchés ou exercés par le représentant de l'État, selon que l'acte est transmis pour information ou pour être soumis à contrôle de légalité.

- **Les actes transmis pour information**

La Sem a l'obligation de communiquer au représentant de l'État, dans les 15 jours suivant leur adoption, les délibérations du conseil d'administration ou du conseil de surveillance et des assemblées générales, et ce, en application de l'article L. 1524-1 du CGCT.

De même, les conventions publiques d'aménagement passées entre les collectivités locales et la Sem visées à l'article L. 1523-2 du CGCT, modifié par la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002, les comptes annuels et les rapports du commissaire aux comptes sont communiqués au préfet.

Aux termes de l'article L. 302-6 du Code de la construction et de l'habitation, modifié

par la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 (SRU), les personnes morales propriétaires ou gestionnaires de logements sociaux au sens de l'article L. 302-5 du même code sont tenues de fournir au préfet, chaque année avant le 1er juillet, un inventaire par commune des logements sociaux dont elles sont propriétaires ou gestionnaires au 1er janvier de l'année en cours.

Le contenu de cet inventaire est précisé par les articles R. 302-28 et R. 302-29 du Code de la construction et de l'habitation, et par un arrêté du 8 mars 2002 du Ministère de l'Équipement, des Transports et du Logement.

**Le défaut de production de l'inventaire ou la communication d'un document erroné donne lieu à l'application d'une amende de 1500 €.**

Au vu des documents qui lui sont transmis pour information ou dans le cadre de l'exercice de son contrôle de légalité, le préfet peut saisir, dans le mois suivant, la chambre régionale des comptes lorsqu'il estime qu'une décision de la Sem risque d'augmenter gravement la charge financière d'une collectivité actionnaire (ou ayant accordé sa garantie d'emprunt). Le préfet informe en même temps la société et la collectivité de cette saisine.

La Chambre régionale des comptes dispose d'un délai d'un mois pour faire connaître son avis. Son rapport est communiqué au conseil d'administration de la Sem, ainsi qu'à l'assemblée délibérante intéressée.

La saisine de la Chambre régionale des comptes entraîne une seconde lecture de la délibération contestée (article L. 235-1 du Code des juridictions financières). La Sem a tout à fait le droit de maintenir sa décision initiale.

- **Les actes soumis au contrôle de légalité**

Les articles L. 2131-2-8° du CGCT pour les communes, L. 3131-2-7° pour les départements et L. 4141-2-6° pour les régions imposent aux Sem de **soumettre au contrôle de légalité les décisions qu'elles prennent en exécution des prérogatives de puissance publique** qui leur auraient été déléguées par une collectivité territoriale. L'article L. 1524-3 du CGCT leur fait, par ailleurs, obligation d'établir et d'adresser au préfet un rapport spécial annuel sur l'exercice de ces prérogatives.

Cela concerne principalement les opérations de concession d'aménagements et de préemption urbains dont la délégation à une Sem est prévue par les articles L. 300-4 et L. 213-3 du Code de l'urbanisme.

Le troisième alinéa de l'article L. 1524-1, introduit par la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002, prévoit la transmission au préfet des **projets de modification portant sur l'objet social, la composition du capital ou les structures des organes dirigeants** d'une Sem ainsi que la délibération préalable de l'assemblée délibérante de la Sem approuvant cette modification.

Ces actes sont soumis au contrôle de légalité du préfet dans les conditions prévues aux articles L. 2131-2, L. 3131-2, L. 4141-2, L. 5211-3, L. 5421-2 et L. 5721-4 du CGCT.

**Le défaut de transmission prive l'acte de son caractère exécutoire.**

Si le Préfet estime que l'un des actes qui lui ont été communiqués par la Sem est de nature à menacer gravement la situation financière d'une collectivité locale, il saisit dans le délai d'un mois la chambre régionale des comptes.

## Le contrôle exercé par la Chambre régionale des comptes

Outre sa saisine par le préfet, la Chambre régionale des comptes (CRC) a compétence pour examiner les comptes des Sem auxquelles les collectivités locales ou leurs établissements publics apportent un concours financier supérieur à 1500 €, ou détiennent ensemble ou séparément plus de la moitié du capital social ou des voix dans les organes délibérants, ou exercent un pouvoir prépondérant de décision ou de gestion.

C'est le cas de la quasi-totalité des Sem.

Cette possibilité de vérification concerne également les filiales de ces mêmes organismes lorsque les Sem détiennent séparément ou ensemble, plus de la moitié du capital ou des voix au sein des organes délibérants desdites filiales, ou y exerçant un pouvoir prépondérant de décision ou de gestion.

**La CRC agit alors dans le cadre de l'article L. 211-4 du Code des juridictions financières** et a pour but d'informer les assemblées délibérantes concernées de l'appréciation qu'elle a portée, non seulement sur les comptes, mais aussi sur la gestion de la Sem qu'elle a contrôlée.

L'examen des Sem par la chambre régionale des comptes n'est pas une obligation législative. Il s'agit d'un contrôle facultatif des chambres qu'elles exercent selon leurs possibilités et dans le cadre d'une stratégie de contrôle arrêtée généralement par la juridiction.

**Deux événements externes** peuvent orienter le choix de la chambre :

- le premier résulte de l'application du premier alinéa de l'article L. 211-8 du Code des juridictions financières selon lequel le préfet ou l'autorité territorialement compétente peut demander à la chambre d'examiner la gestion d'une Sem. Cette demande doit être motivée.
  Les chambres ne considèrent pas ces demandes comme étant une saisine, sauf cas grave, nécessitant de traiter le dossier dans les plus brefs délais. Le président peut, soit rejeter la demande, considérée comme non fondée ou présentée par une personne incompétente, soit décider de l'inscrire en priorité au prochain programme de travail de la juridiction ;
- le deuxième événement provient des relations privilégiées qu'entretiennent les chambres entre elles et avec la Cour des comptes. C'est ainsi que certaines juridictions peuvent s'associer pour mener une enquête commune ayant pour thème les pratiques de certaines Sem.

Lorsque la procédure de l'article 211-4 du Code des juridictions financières est engagée, la Sem, l'exécutif de la ou des collectivités actionnaires et le préfet sont prévenus du contrôle.

La loi fait obligation au magistrat rapporteur, d'une part, de vérifier les comptes et d'autre part, d'examiner la gestion de l'organisme faisant l'objet du contrôle. Le rapporteur ne peut remettre en cause les choix pris par les organes dirigeants, il examine la façon dont l'exécutif les met en application ainsi que le processus de prise de décision.

L'efficacité (les objectifs fixés sont-ils atteints ?), l'économie de la gestion (à quel coût ces objectifs sont-ils atteints ?) et l'efficience de la gestion (les moyens utilisés pour atteindre ces objectifs sont-ils les plus pertinents ?) font en fait l'objet d'un examen approfondi.

**Les pouvoirs d'investigation du magistrat rapporteur** ont été renforcés par l'article 79-II de la loi Sapin, codifié à l'article L. 241-1 du Code des juridictions financières, lequel prévoit que "*Le fait de faire obstacle, de quelque façon que ce soit, à l'exercice des pouvoirs attribués aux magistrats et rapporteurs de la chambre régionale des comptes par le présent code est puni de 15 000 € d'amende. Le ministère public près la chambre régionale des comptes peut saisir le parquet près la juridiction compétente en vue de déclencher l'action publique*".

**Les chambres sont tenues d'assurer une procédure contradictoire** avec les personnes concernées avant qu'elles ne se prononcent définitivement. La contradiction se fait à deux occasions :

- la première est la possibilité donnée au rapporteur d'avoir un entretien, préalable à la séance de la chambre qui examinera le rapport, avec un dirigeant de la Sem.
- la seconde, postérieure au premier délibéré, consiste à recueillir les remarques écrites des personnes concernées par les observations faites à titre provisoire.

Enfin, il est possible qu'une des personnes à qui il a été demandé de s'expliquer par écrit, dirigeant ou toute autre personne nominativement ou explicitement mise en cause, demande à être entendue par la chambre avant qu'elle ne se prononce à titre définitif (article L. 241-14 du Code des juridictions financières).

**Lorsque les observations définitives sont arrêtées**, la chambre est prête à prendre ses décisions qui peuvent être de nature différente :

- envoi d'une lettre portant une appréciation sur la tenue des comptes, relatant la situation financière de la société, évaluant sa gestion et dénonçant les irrégularités et anomalies constatées, qui sera adressée aux actionnaires publics ;
- proposition d'insertion au rapport public qui sera transmis à la Cour des comptes ;
- demande faite au ministère public afin qu'il saisisse le parquet du lieu, de faits susceptibles d'entraîner des poursuites : délit de prise illégale d'intérêt, infraction aux règles des marchés publics, concussion, corruption, abus de biens sociaux ;
- demande de rapport complémentaire pour des faits pouvant donner lieu à une procédure de gestion de fait, quand il y a maniement de deniers publics sans titre ;
- demande faite au ministère public de transmettre au parquet de la Cour de discipline budgétaire et financière des faits qui pourraient être qualifiés d'infractions aux règles relatives à l'exécution des recettes et dépenses et à la gestion des biens de la société, et susceptibles d'appeler de la part de cette juridiction la sanction d'une amende.

**La lettre contenant les observations définitives est adressée :**

- aux actionnaires publics, qui doivent la communiquer à leurs assemblées délibérantes ;
- aux représentants de la société qui doivent en informer le conseil d'administration ;
- au préfet.

**À côté de ce type d'intervention, les juridictions financières locales** ont connaissance de l'activité des Sem d'une façon partielle, mais plus fréquente, au travers des contrôles qu'elles effectuent sur les comptes et la gestion des collectivités locales.

Le troisième alinéa de l'article L. 211-8 du Code des juridictions financières prévoit que la chambre régionale des comptes peut vérifier, dans le cadre du contrôle des comptes de l'autorité délégante, auprès des délégataires de service public, les comptes qu'ils ont produits aux autorités délégantes.

Dans ce cadre, la chambre peut être amenée à enjoindre au comptable public de la collectivité de rétablir dans ses écritures des paiements à des Sem qu'il n'aurait pas dû effectuer ou à faire des observations à l'ordonnateur sur des opérations dans lesquelles des Sem sont directement impliquées.

## Le contrôle exercé par les cocontractants

Lorsque la Sem contracte avec une collectivité locale, elle est tenue de fournir un certain nombre de documents destinés à permettre à celle-ci d'exercer son obligation de contrôle.

Lorqu'une Sem intervient pour le compte de la collectivité locale en vue de réaliser une opération dans le cadre d'une concession d'aménagement, l'article L. 300-5 du Code de l'urbanisme dispose que la Sem doit établir un **rapport** chaque année. Rapport qu'elle transmet à la collectivité cocontractante afin que celle-ci le soumette à son assemblée délibérante.

Ce rapport doit comporter un compte-rendu financier comportant les annexes suivantes :

- un rapport portant sur le bilan prévisionnel actualisé des activités faisant état des recettes et des dépenses réalisées voire engagées, ainsi que l'estimation des recettes et dépenses restant à réaliser ;
- le plan de trésorerie actualisé faisant apparaître l'échéancier des recettes et des dépenses ;
- un tableau des acquisitions et cessions immobilières réalisées pendant la durée de l'exercice.

L'ensemble de ces documents est soumis à l'examen de l'assemblée délibérante de la collectivité contractante qui peut contrôler les renseignements fournis.

En application de l'article L. 1524-3 du CGCT, la Sem qui exerce au nom de la collectivité contractante ou d'un groupement, des prérogatives de puissance publique doit établir chaque année un rapport spécial sur les conditions d'exercice de ces prérogatives. Ce rapport est présenté à l'organe délibérant de la collectivité ou du groupement et est adressé au préfet.

Les Sem titulaires d'**une délégation de service public** doivent produire avant le 1er juin de chaque année à l'autorité délégante un **rapport** comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation de service public et une analyse de la qualité du service, ainsi qu'une annexe permettant à l'autorité délégante d'apprécier les conditions d'exécution du service public, et ce , en vertu de l'article L.1411-3 du CGCT.

En application de l'article L. 2241-1 du CGCT, et quel que soit le contrat liant la Sem à la collectivité, la Sem devra fournir, annexé au compte rendu annuel à la collectivité, un tableau des acquisitions et cessions immobilières réalisées pendant l'exercice pour le compte de la collectivité locale.

De même, la Sem doit transmettre à la collectivité cocontractante :

- la nature et le montant des contributions et taxes d'urbanisme exigées par la Sem, visées aux articles L. 332-29 et R. 332-41 du Code de l'urbanisme ;
- le détail des attributions de logements sociaux en application de l'article L. 441-2-5 du Code de la construction et de l'habitation.

## Le contrôle exercé par les usagers

Lorsque la Sem est délégataire d'un service public, elle peut être soumise au contrôle des usagers par l'intermédiaire des associations siégeant au sein de la commission consultative des services publics locaux prévue par l'article L. 1413-1 du CGCT, introduit par la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité.

Cet article prévoit notamment l'examen par cette commission du rapport mentionné à l'article L. 1411-3 du même code, établi par le délégataire de service public.

De même, la Sem délégataire d'un service public devra communiquer aux administrés qui en feront la demande, les documents administratifs relatifs à la délégation de service public en vertu de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 prévoyant les conditions d'accès aux documents administratifs et modifiée par la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits de citoyens dans leurs relations avec les administrations.

## Le contrôle exercé par le président du tribunal de commerce

Les dispositions des articles L. 611-2 et suivants du Code de commerce confèrent au président du tribunal de commerce un pouvoir d'initiative en matière de prévention des difficultés des entreprises.

Lorsque sur la base de tout acte, document ou procédure[50], il résulte qu'une société commerciale connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de son exploitation, ses dirigeants peuvent être convoqués par le président du tribunal de commerce pour que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation.

À l'issue de l'entretien, et sans que l'on puisse lui opposer le secret professionnel, le président pourra obtenir communication par le commissaire aux comptes, les membres ou représentants du personnel, les administrations publiques, les organismes de sécurité sociale ainsi que les services chargés de la centralisation des risques bancaires et des incidents de paiements, des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière de la société.

À la suite de cette enquête, il pourra être amené à inviter les dirigeants à déposer le bilan ou encore à ouvrir d'office une procédure de redressement judiciaire. Le président ne donne pas de conseil, mais peut, à la demande des dirigeants désigner un mandataire ad hoc ou un conciliateur chargé de régler une difficulté passagère. Il suit l'évolution de la situation de la société jusqu'à son rétablissement.



*50 - Ce pourra être l'information du commissaire aux comptes ayant engagé une procédure d'alerte par exemple.*

## L’obligation d’information à la charge des élus

Au titre de l’article 2 alinéa 7 de la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique, modifiée, les présidents, directeurs généraux et “directeurs généraux adjoints” des sociétés d’économie mixte dont le chiffre d’affaires annuel est supérieur à 750 000 € doivent déposer auprès de la commission pour la transparence financière de la vie politique, prévue à l’article 3 de la même loi, dans les deux mois qui suivent leur entrée en fonction, une déclaration de situation patrimoniale établie dans les conditions prévues à l’article L.O. 135-1 du Code électoral.

La même obligation s’impose deux mois au plus avant la fin normale d’expiration du mandat, ou, dans les deux mois qui suivent la fin anticipée des fonctions (par exemple par démission ou révocation).

# Chapitre VI

# Les Sem en difficulté

Après la description des principaux événements qui concernent la naissance puis le fonctionnement des Sem locales, le diagnostic et le traitement de leurs difficultés, en temps opportun, peuvent permettre d'éviter une disparition prématurée.

Pour cela, il est utile de connaître les principales causes des difficultés ainsi que les indicateurs à surveiller, puis d'évaluer la gravité de la situation avant de proposer des mesures de redressement ou, au cas où la poursuite de l'activité s'avère impossible, de choisir la meilleure formule de liquidation.

## Origine des difficultés et principaux indicateurs d'alerte

Comme toute entreprise saine, une Sem locale doit avoir un métier reconnu, un actionnariat fort, des fonds propres adaptés aux besoins, un carnet de commandes suffisant, un résultat excédentaire, une trésorerie normale et des contrats protégeant ses intérêts et bien exécutés.

Les principaux points de faiblesse à surveiller pour éviter ou réduire les risques de difficultés pour une Sem se trouvent donc être le revers de cette médaille et notamment :

- une diversification excessive d'activité ;
- un actionnariat faible et dispersé ;
- des fonds propres insuffisants ;
- un résultat net faible ou déficitaire ;
- le recours excessif à des avances de trésorerie externes ;
- des contrats mal évalués ou non correctement exécutés.

### La diversification d'activité

Avant la loi du 7 juillet 1983, les Sem devaient avoir un objet social bien précis : aménagement, logement ou gestion de services ou d'équipements publics locaux, et limité au territoire des seules collectivités territoriales actionnaires.

La loi de 1983 a autorisé les Sem à exercer plusieurs types d'activités, à condition d'être complémentaires, et n'a pas fixé de limite à leur compétence territoriale.

De nombreuses Sem - souvent à la demande de collectivités locales - ont élargi :

- leur objet social, par exemple pour une Sem d'aménagement dans la construction et la gestion de logements sociaux locatifs ou d'immobilier d'entreprise ;
- leur champ territorial en sortant largement de leur territoire traditionnel ; ainsi, pour certaines Sem de services qui commercialisent leurs produits au plan national et pour des Sem d'aménagement ayant développé des actions à l'extérieur et parfois même dans des pays étrangers ;
- leurs modes juridiques d'intervention en s'éloignant des formules traditionnelles de la convention publique d'aménagement, du mandat et de la prestation de services pour engager des opérations pour leur propre compte, soit directement, soit par prises de participations dans des sociétés privées.

Toute diversification d'activité nécessite de bien connaître le nouveau secteur d'intervention, d'avoir les compétences professionnelles pour s'y installer et s'y maintenir avec un bon niveau de résultat et de disposer de fonds propres suffisants pour couvrir les risques.

Lorsque plus de 20 % du chiffre d'affaires d'une Sem provient d'activités sans rapport avec son métier dominant, une vigilance particulière est recommandée.

## Un actionnariat dispersé

Un nombre important d'actionnaires - notamment collectivités territoriales ou groupements - peut donner l'impression d'un fort capital de confiance en faveur d'une Sem. Cette dispersion peut toutefois être source de complications.

D'abord, dans la gestion courante de la société, par exemple pour le respect de ses obligations d'information et de transparence à l'égard de tous ses actionnaires et administrateurs. Cette situation peut également présenter des risques lors de l'examen par de nombreuses assemblées délibérantes du rapport écrit annuel qu'est tenu de faire chaque mandataire de collectivité locale. En effet, à cette occasion, la Sem peut se trouver mise en cause pour des motifs parfois éloignés de son objet social et de la qualité de sa gestion.

Par ailleurs, et surtout, un actionnariat nombreux est plus difficile à mobiliser, soit en cas de décisions à prendre concernant des actions de développement, soit, encore plus, en cas d'augmentation de capital rendue nécessaire par des difficultés financières.

Un actionnariat réduit autour de peu de collectivités locales fortement majoritaires est, en principe, préférable à un actionnariat nombreux et dilué.

## Des fonds propres insuffisants

Le CGCT fixe des montants minima de capital social pour les Sem de services, d'aménagement et les Sem immobilières, respectivement 37 000 €, 150 000 € et 225 000 €.

Ces montants sont, cependant, nettement insuffisants, à l'heure actuelle, pour permettre à une Sem de fonctionner correctement et de faire face à d'éventuels risques.

Ainsi peut-on estimer, en moyenne, que les fonds propres d'une Sem d'aménagement doivent correspondre, au moins, au montant de son budget annuel de fonctionnement. À cela, il faut ajouter l'évaluation des risques pris par les Sem dans leur activité, par exemple pour les Sem d'aménagement : part non garantie par les collectivités locales des emprunts contractés pour les opérations d'aménagement ou de construction autres que le logement social.

Par ailleurs, l'évolution des fonds propres est à surveiller de près ; ainsi, lorsque, du fait de pertes d'exploitation ou de provisions pour risques et charges, ils deviennent inférieurs au capital social, un plan de redressement doit être mis en œuvre. En effet, il n'est pas recommandé pour agir d'attendre que soit atteint le seuil légal (fonds propres inférieurs à la moitié du capital social) qui impose une procédure officielle : décisions de l'assemblée générale extraordinaire sur la poursuite d'activité dans les 4 mois suivant l'approbation des comptes et sur la reconstitution des fonds propres dans les deux ans en cas de poursuite d'activité.

Les fonds propres d'une Sem doivent, en permanence, être adaptés à ses besoins de fonctionnement et au niveau des engagements et risques pris dans son activité pour compte propre ou pour compte de tiers.

## Un résultat net faible ou déficitaire

L'activité de toute entreprise doit dégager une rentabilité suffisante pour rémunérer l'entreprise elle-même et ses actionnaires.

Dans les Sem locales, la distribution de dividendes n'est pas une pratique courante et la plupart des actionnaires non collectivités locales s'en accommodent. Par contre, le renforcement des fonds propres par la constitution de réserves doit être un objectif ; en situation normale, l'objectif de résultat net excédentaire peut être évalué à 5 % du chiffre d'affaires et à 10 % du capital social ; bien entendu, ces ratios sont indicatifs et variables selon le type d'activité.

Dès qu'un dérapage est constaté par rapport à cet objectif, il est nécessaire d'en rechercher l'origine -qui peut être exceptionnelle : par exemple provision importante pour risque sur contentieux- et de proposer les mesures de redressement nécessaires : adaptation des charges d'exploitation, révision des modes de rémunération, etc.

Chaque Sem doit avoir un objectif de résultat, dont la réalisation est à vérifier périodiquement et tout écart à expliquer avant de prendre rapidement les mesures de redressement.

## Les difficultés de trésorerie

Selon le type d'activité et le mode juridique d'intervention, il faut distinguer la trésorerie propre de chaque Sem et la trésorerie nécessaire à ses activités.

La trésorerie propre concerne le fonctionnement de la société elle-même (charges d'exploitation) mais également les besoins liés aux opérations ou activités qu'elle gère directement sans convention pour compte de tiers. Ainsi, une Sem d'aménagement qui agit, pour partie, comme un promoteur, soit directement soit par l'intermédiaire de participations au capital de sociétés privées, doit-elle tenir compte des besoins de ces activités dans sa trésorerie propre. Il en est de même pour une Sem propriétaire et gestionnaire de logements sociaux ou d'équipements publics lorsqu'elle prend en charge tout ou partie des investissements dans le cadre d'une délégation de service public.

Dans ce dernier cas, les besoins de trésorerie de la société et de ses opérations peuvent être évalués séparément. Il en est de même pour les conventions publiques d'aménagement qui, bien que réalisées en maîtrise d'ouvrage par les Sem, sont en fait considérées comme conduites pour le compte des collectivités concédantes, lorsque celles-ci en garantissent la "bonne fin financière".

Mais, dans tous les cas, c'est la Sem qui est responsable de la gestion de la trésorerie et donc du règlement en temps opportun de tous les créanciers, fournisseurs ou établissements financiers. Ainsi, la Sem ne peut-elle invoquer, pour dégager sa responsabilité, que la collectivité mandante ne lui a pas fourni les moyens financiers nécessaires.

La conséquence est qu'une Sem peut être mise en cessation de paiement et donc en liquidation judiciaire en cas de difficultés de trésorerie sur des opérations qui lui sont confiées sous forme de convention publique d'aménagement ou en mandat.

L'évolution de la trésorerie de chaque Sem et de ses opérations doit être suivie avec attention car toute difficulté persistante peut mettre en péril l'existence même de la société.

## Des contrats mal évalués ou non correctement exécutés

Il s'agit principalement des conventions publiques d'aménagement ou de mandat entre les Sem d'aménagement et les collectivités locales. Mais il peut s'agir également de conventions de délégation de service public ou de marchés pour les Sem de service.

Les obligations réciproques figurant dans ces contrats peuvent avoir été mal évaluées ou mal rédigées. Elles peuvent également s'avérer mal exécutées.

Il est donc nécessaire de s'attacher à une rédaction claire et précise de toutes les clauses financières des opérations. Il ne faut pas que la teneur de celles-ci soit renvoyée à un avenant ultérieur. C'est le cas, en particulier, dans le cadre des délégations de service public, contrats pour lesquels les clauses financières ont un contenu légal qui doit être prévu par la convention. En pareil cas, un avenant est difficilement possible parce que remettant en cause les conditions initiales de mise en concurrence.

Ainsi, en matière d'aménagement, lorsque la convention met sans ambiguïté cette responsabilité financière à la charge de la collectivité concédante, la Sem doit veiller à respecter toutes les obligations d'information qui lui incombent (états prévisionnels annuels de dépenses et de recettes, compte rendu annuel se traduisant par une révision du bilan prévisionnel initial). Il faut que la collectivité ait les moyens de faire face aux engagements financiers qui en résultent.

Le conseil d'administration (ou de surveillance) doit être régulièrement informé de la manière dont la société respecte ses obligations légales et contractuelles et des difficultés financières des opérations. Cela concerne également les clôtures d'opérations, qui nécessitent un travail important et toujours fastidieux, souvent sans rémunération spécifique, au moins pour des opérations les plus anciennes. De plus, ces opérations peuvent receler des risques cachés (contentieux non soldés) ou des déficits révélés avec retard.

Ainsi, les opérations considérées comme en sommeil (généralement à clôturer) représentent un risque qu'il est nécessaire d'évaluer et d'apurer régulièrement.

Une attention particulière doit être apportée au niveau des provisions pour charges ou pour risques dans les comptes annuels des Sem. L'absence de provisions peut être un indicateur d'alerte.

S'agissant des délégations de service public, une jurisprudence extrêmement sévère a, en pratique, interdit tout avenant qui ne résulterait pas d'événements extérieurs aux parties et imprévisibles au moment de la conclusion du contrat. Par conséquent, une rédaction précise de la convention est impérative.

De la même manière, l'article L. 1411-2 du CGCT pose un certain nombre d'exigences dans la rédaction de certaines clauses de la convention. C'est notamment le cas des clauses tarifaires, des redevances, droits d'entrée et révisions de prix. Le non respect de ces exigences entraîne la nullité de la clause et parfois, l'impossibilité de mettre en œuvre la convention, notamment lorsque la nullité touche une clause relative aux tarifs applicables aux usagers.

# Les moyens de prévention et d'évaluation

Le fonctionnement normal d'une Sem comporte la fourniture de documents qui constituent des moyens courants d'information et d'évaluation. Par ailleurs, périodiquement, ou dans certaines circonstances, il est possible d'avoir recours à des moyens exceptionnels d'investigation.

## Les moyens courants

Il s'agit des instruments normaux d'information et de pilotage dont doivent disposer, par exemple, les conseils d'administration qui seraient à réunir au moins quatre fois par an.

D'abord, un plan d'entreprise à moyen terme (en général 3 ans) donne, par secteur d'activité et par mode juridique d'intervention, des objectifs de chiffre d'affaires, de moyens et de résultats. Pour être efficace, ce plan doit être actualisé chaque année en fonction des explications des écarts constatés entre les prévisions et les réalisations. Cet examen peut conduire à revoir certaines orientations dont les résultats ne correspondent pas aux objectifs.

- **Budget prévisionnel et contrôle budgétaire**

Le budget prévisionnel annuel est également indispensable ; il s'accompagne de la présentation des prévisions annuelles de recettes et dépenses des activités ou opérations ainsi que des plans de trésorerie correspondants. L'état des réalisations (contrôle budgétaire) et le budget actualisé doivent être présentés à chaque réunion du conseil d'administration.

Il en est de même pour les tableaux récapitulatifs de suivi des clôtures d'opérations et des procédures de présentation et d'approbation des comptes rendus annuels aux collectivités locales de la part des Sem d'aménagement, et du rapport annuel du délégataire de service public pour les Sem de gestion.

- **Bilan et compte de résultat**

Les documents sociaux annuels (bilan, compte de résultat) sont également des instruments utiles pour connaître la santé d'une société, en particulier lorsqu'ils sont décomposés en documents concernant d'une part le fonctionnement ainsi que les ressources et les emplois de la société elle-même, d'autre part ses activités, qu'elles soient pour compte propre ou pour compte de tiers. Le rapport de gestion doit permettre de situer les réalisations d'un exercice par rapport aux prévisions initiales et au calendrier du plan à moyen terme. Dans la mesure du possible, il est également souhaitable de pouvoir comparer la situation de chaque société par rapport aux moyennes nationales de sa catégorie ; c'est notamment l'objet du dispositif d'autocontrôle des Sem immobilières mis au point en 1992 par la Fédération nationale des Sem.

Cette analyse peut être utilement complétée par une présentation de ratios et de soldes intermédiaires de gestion.

Bien que traduisant seulement le passé, les bilans et comptes de résultat font apparaître des évolutions pouvant expliquer des tendances lourdes dans la vie d'une société.

- **Le rôle du commissaire aux comptes**

Son rôle n'est, le plus souvent, perçu qu'en qualité d'intervenant obligatoire pour la certification des comptes annuels. Les contacts avec les dirigeants de la société sont assez rares en dehors de cette période.

Or, la responsabilité personnelle du commissaire aux comptes est engagée par la certification des comptes ; celle-ci ne doit pas porter uniquement sur la régularité formelle des comptes mais aussi, et surtout, sur leur signification économique pour l'entreprise. Par ailleurs, des événements importants peuvent intervenir au cours d'un exercice et, à cette occasion, les avis du commissaire aux comptes peuvent être très utiles.

Il est donc tout à fait souhaitable qu'un programme annuel de travail soit établi avec le commissaire aux comptes, prévoyant plusieurs interventions en cours d'année afin de mieux l'associer à la vie de la société, par exemple, pour préparer à l'avance d'éventuelles provisions pour risques ou charges dont le conseil d'administration peut être informé en cours d'année au lieu de le faire seulement lors de la préparation des comptes annuels.

Le commissaire aux comptes peut apporter aux dirigeants de Sem un conseil permanent pour préparer en temps opportun des mesures de redressement en évitant la procédure d'alerte.

## Les moyens exceptionnels

Il s'agit principalement des missions d'audit ou d'expertise initiées par les dirigeants de la société, par des actionnaires minoritaires ou des tiers, ainsi que des actions rendues nécessaires par la mise en œuvre de la procédure d'alerte.

- **Les audits demandés par les dirigeants**

En dehors des situations de crise, les dirigeants ne sont pas naturellement portés à faire "ausculter" par des tiers l'organisation et la gestion de leur entreprise et de ses activités. Il est cependant recommandé de prévoir des audits réguliers ou liés à certaines circonstances.

Chaque année, il peut être déterminé quelques opérations à auditer ; ces interventions sont de nature à inciter les directeurs et leurs collaborateurs à une plus grande vigilance dans la gestion des opérations.

Quant à l'examen global lors du changement de directeur, il s'agit plutôt d'un état des lieux qui est remis seulement au président de la société et au nouveau directeur.

Au-delà de ces audits en quelque sorte "programmés", mais librement choisis par les dirigeants de société, ceux-ci peuvent engager des audits à caractère plus exceptionnel.

D'abord, chaque nouveau président peut souhaiter un état des lieux analogue à celui indiqué ci-dessus. Il en est de même en cas de difficultés sur certaines opérations ou activités, ou en préalable à un plan de redressement de la société destiné à être présenté aux organes délibérants de la Sem.

- **Les expertises demandées par des actionnaires minoritaires**

Ces moyens d'information sont prévus par la loi. Il s'agit de l'expertise de gestion et de l'expertise préventive.

Aux termes de l'article L. 225-231 alinéa 1 du Code de commerce, un ou plusieurs actionnaires détenant au moins 5 % du capital social peuvent poser des questions écrites au président du conseil d'administration ou au directoire sur une ou plusieurs opérations de gestion de la société.

En cas de défaut de réponse dans un délai d'un mois ou à défaut de communication d'éléments de réponse satisfaisants, ces actionnaires peuvent demander, en référé, au président du tribunal de commerce la désignation d'un expert chargé d'établir un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion. Cette action permet notamment de révéler des abus de majorité.

Le rapport d'expertise est transmis par le tribunal de commerce au demandeur, au ministère public, au commissaire aux comptes et au conseil d'administration ou de surveillance.

L'expertise préventive (article 145 du nouveau Code de procédure civile) permet à tout actionnaire, sans seuil de détention de capital, d'obtenir des éléments de preuve avant d'initier une action en nullité d'une délibération ou de mettre en cause la responsabilité des dirigeants.

- **Expertises demandées par des clients**

Il s'agit surtout des collectivités locales, actionnaires ou non, ayant confié la réalisation d'opérations ou une délégation de service public à une Sem ; elles agissent en qualité de cocontractantes pour préserver leurs intérêts, notamment financiers dans la prise en charge de déficits éventuels d'opérations.

Ces expertises peuvent déboucher sur une mise en cause de la responsabilité professionnelle d'une Sem dans la conduite des opérations et, en conséquence, son éventuelle implication financière dans les déficits.

Par ailleurs, un établissement financier ayant consenti un prêt, un cautionnement ou une avance de trésorerie à court terme, peut également solliciter auprès des dirigeants un droit d'examen des conditions dans lesquelles ont été employés les fonds mis à disposition.

- **La procédure d'alerte**

Cette procédure est décrite dans le chapitre sur les obligations de communication et le contrôle des Sem.

Engagée à l'initiative du commissaire aux comptes lorsqu'il constate des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, elle est très contraignante en délais, en documents à fournir et en mesures à prendre.

Elle peut aboutir très rapidement à la désignation d'un "mandataire ad hoc" par le président du tribunal de commerce qui aura préalablement convoqué les dirigeants pour envisager les mesures propres à redresser la situation.

La procédure d'alerte peut également conduire à la mise en redressement judiciaire.

Il est recommandé que les dirigeants de Sem se dotent volontairement d'instruments de vigilance efficaces plutôt que de subir des expertises externes qu'il est souvent difficile de maîtriser.

## Les mesures de prévention des difficultés issues de la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005

La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 complétée par le décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005 et modifiée par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficultés (JORF n° 0295 du 19 décembre 2008) a instauré des mesures préventives tendant à éviter ou, à défaut, à redresser la situation d'une entreprise éprouvant des difficultés de nature à compromettre sa survie par cessation des paiements.

### La procédure de conciliation

Cette procédure est applicable aux Sem qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière avérée ou prévisible.

**Cette procédure se substitue à l'ancien règlement amiable et peut être ouverte si le débiteur est en état de cessation depuis moins de quarante-cinq jours.**

Cette procédure est ouverte par requête du débiteur devant le Tribunal de commerce. Le président du Tribunal de commerce désigne alors un conciliateur dont la mission est de favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ou cocontractants d'un accord destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise.

Depuis l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficultés, la décision d'ouverture d'une procédure de conciliation est dorénavant susceptible de recours (contrôlée) puisque le ministère public peut interjeter appel contre cette décision.

En cas de succès de cette procédure de conciliation et sur la requête conjointe des parties, le Président du Tribunal constate leur accord par ordonnance et fait apposer la formule exécutoire par le greffier.

À la demande du débiteur, le Président peut ensuite homologuer l'accord obtenu.

Le protocole d'accord implique les dirigeants de la société, les actionnaires, ou tout au moins ceux qui acceptent de participer significativement à la conciliation, et, dans certains cas, des établissements financiers non actionnaires.

Les dirigeants de la société doivent d'abord s'engager, s'il y a lieu, à "faire le ménage" et à mettre en place une organisation plus efficace.

"Faire le ménage", c'est apurer des situations antérieures préjudiciables ou redresser des pratiques de gestion.

Il peut s'agir par exemple, pour une Sem d'aménagement, de clôturer des opérations pour compte propre ou de se libérer de participations au capital de sociétés privées

à risque ou dont l'objet social est sans rapport avec la vocation dominante de la Sem. Pour une Sem immobilière cela pourra être la clôture d'une opération de promotion ou l'abandon d'une opération d'aménagement en difficulté.

Sera également organisée et contrôlée l'exécution normale des obligations légales ou contractuelles, telles que : clôture des opérations anciennes en convention publique d'aménagement ou mandat, fourniture des comptes rendus annuels aux collectivités concédantes ou mandantes, etc. Il doit être prévu que le conseil d'administration sera périodiquement informé de la réalisation de ces engagements.

L'organisation de la Sem elle-même peut être concernée, par exemple, par la création d'un comité d'engagement, composé des représentants des principaux actionnaires, et chargé de suivre l'exécution des engagements et de préparer les décisions à soumettre au conseil d'administration.

Les principaux actionnaires sont évidemment les plus concernés par les engagements à prendre. La plupart des Sem en difficulté ont un besoin important de fonds propres, parfois de manière très urgente.
Toute procédure d'augmentation de capital est longue à décider et à mettre en œuvre ; elle peut ainsi se révéler aléatoire, malgré les engagements pris par les principaux actionnaires. Aussi, la formule des avances en compte courant d'associés permet-elle de donner à la Sem les disponibilités immédiates nécessaires et d'anticiper sur l'augmentation de capital. Toutefois, cette solution ne doit pas arriver trop tardivement si les collectivités ou groupements actionnaires souhaitent y participer. En effet, ces actionnaires-là ne pourront intervenir si les capitaux propres de la sociétés sont devenus inférieurs à la moitié du capital social (article L. 1522-5 du CGCT).

Enfin, des établissements financiers non actionnaires peuvent être signataires de protocoles d'accord concernant plus particulièrement les Sem d'aménagement. Les difficultés persistantes des opérations d'aménagement se traduisent, en effet, par des impayés d'échéances d'emprunts et par la nécessité de mettre en réserves foncières des terrains non commercialisables à moyen terme. Les protocoles d'accord peuvent être l'occasion d'engagements financiers concernant les opérations, à la fois de la part des collectivités locales qui s'engagent à accorder des avances de trésorerie aux opérations et à reprendre des réserves foncières, et de la part des établissements financiers qui acceptent des réaménagements de prêts et peuvent ainsi s'engager à financer les collectivités locales.

Dans le cas des Sem immobilières, cette procédure se trouve en quelque sorte institutionnalisée sous l'égide de la Caisse de garantie du logement social (CGLS) qui a pour objet de mettre au point des plans de redressement :

- augmentation des fonds propres ;
- vente partielle de patrimoine ;
- réaménagement des prêts ;
- subventions, etc.

Il n'existe pas de procédure analogue pour les Sem d'aménagement ni pour les Sem délégataires de la gestion de services publics.

De même, il sera extrêmement difficile de réviser les conditions de l'équilibre économique d'une délégation de service public. Une aide au délégataire qui ne résulterait pas d'une cause extérieure aux parties et imprévisible serait considérée comme faussant

rétroactivement la mise en concurrence initiale. Il est donc fondamental qu'une participation financière d'une collectivité à la gestion du service public par une Sem soit, lorsqu'elle est légale, prévue dès le stade de la mise en concurrence.

Un protocole d'accord peut préparer la liquidation amiable d'une Sem dans un délai fixé à l'avance.

## La procédure de sauvegarde

Une procédure de sauvegarde peut être ouverte sur demande du débiteur qui se sent exposé au risque de cessation des paiements. Elle a pour but de faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

**Ainsi, la sauvegarde est une procédure collective à laquelle le débiteur peut se soumettre alors qu'il n'est pas en état de cessation des paiements.**

L'Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficultés et réformant la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 rend la procédure de sauvegarde plus attractive. Elle assouplit les conditions d'ouverture, celle-ci pouvant dorénavant être ouverte sur demande d'un chef d'entreprise qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. En revanche, il n'a désormais plus à démontrer que ses difficultés sont de nature à le conduire à la cessation des paiements.

**Ainsi la sauvegarde est une procédure collective à laquelle le débiteur peut se soumettre alors qu'il n'est pas en état de cessation des paiements.**

Le Tribunal est saisi d'une demande d'ouverture de procédure de sauvegarde par la Sem. Cette demande expose la nature des difficultés rencontrées et les raisons pour lesquelles il n'est pas en mesure de les surmonter. Elle est accompagnée des pièces requises.

Le jugement d'ouverture désigne un juge commissaire qui se tient informé du déroulement de la procédure par l'administrateur et le mandataire judiciaire. Il exerce une mission de surveillance de l'exécution de la procédure et statue par ordonnances sur les réclamations dont il est saisi.

Ce jugement qui place la Sem sous sauvegarde ouvre une période d'observation.

L'administration de l'entreprise est toujours assurée par le débiteur. Il continue à exercer les actes de disposition et d'administration ainsi que tous les actes qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur.

L'administrateur, quant à lui, est chargé d'une mission de surveillance et d'assistance du débiteur pour les actes de gestion.

Ainsi, l'activité de l'entreprise est poursuivie pendant la période d'observation.

L'administrateur est chargé de dresser un plan de sauvegarde à l'aide du bilan économique et social de l'entreprise.

Ainsi, lorsqu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée, le Tribunal arrête le plan qui met fin à la période d'observation.

De plus, l'Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficultés, en vue d'augmenter les chances de survie de l'entreprise, permet au tribunal, à la seule initiative du débiteur, de convertir la procédure de sauvegarde en redressement judiciaire, si l'adoption d'un plan de sauvegarde est manifestement impossible et si la clôture de la procédure conduisait de manière certaine et à bref délai, à la cessation des paiements.

### La procédure de redressement

Cette procédure est également destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Elle donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation.

Elle intervient lorsque le débiteur est en état de cessation des paiements soit, lorsqu'il est dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible. A cet égard, une modification importante de la notion de cessation de paiement est intervenue dans l'Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficultés. Le premier alinéa de l'article L. 631-1 est ainsi complété par les dispositions suivantes : "*Le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements.*"

La procédure d'ouverture est la même que celle décrite lors de la procédure de sauvegarde et le jugement d'ouverture intervient dans les mêmes conditions que lors d'une procédure de sauvegarde

Le jugement qui place le débiteur en redressement judiciaire ouvre une période d'observation et aboutit à la rédaction d'un plan de redressement.

## Le choix du mode de liquidation

La décision de mise en liquidation d'une Sem, qu'elle soit amiable ou judiciaire, a des conséquences importantes sur la notoriété et le fonctionnement de la société et, surtout, sur le sort des opérations qui lui sont confiées par les collectivités locales.

### Conséquences sur le fonctionnement

Que la liquidation soit amiable ou judiciaire, les dirigeants sociaux sont immédiatement écartés au profit du liquidateur qui devient le seul "patron" de la société.

Lorsque la société décide sa dissolution anticipée et sa liquidation amiable, l'assemblée générale ou les statuts peuvent prévoir que les organes dirigeants resteront en place jusqu'à la clôture de la liquidation pour suivre l'activité du liquidateur. Le liquidateur amiable réunit au moins une fois par an l'assemblée des actionnaires devant laquelle il fait rapport de sa gestion pour approbation des comptes de l'exercice. Le commissaire aux comptes reste en poste jusqu'à la clôture de la liquidation amiable. Par contre, dans la liquidation judiciaire, directeur général, conseil d'administration,

assemblée générale et commissaire aux comptes disparaissent.

Le jugement du tribunal de commerce ouvrant la procédure judiciaire fixe la date de cessation des paiements qui peut être reportée jusqu'à dix-huit mois avant la date du jugement. Au cours de cette période dite "suspecte", toutes les décisions prises par le directeur général et toutes les opérations réalisées par les dirigeants ou certains fournisseurs (établissements financiers notamment) peuvent être prises en compte pour aggraver leur responsabilité et donc leurs parts ou pertes dans la liquidation.

## Conséquences sur les activités

Le liquidateur a tous les pouvoirs pour gérer librement la trésorerie et payer les créanciers en fonction des disponibilités ; il en est de même pour la réalisation de l'actif social.

Ceci ne pose pas de problème pour le patrimoine et les opérations propres de la Sem ; par contre, lorsque la Sem est titulaire de contrats administratifs (délégation de service public, convention publique d'aménagement d'aménagement, mandat loi MOP, etc.), certaines dispositions contractuelles, parfois exorbitantes du droit commun, s'imposent au liquidateur qui poursuit l'exécution du contrat ou en négocie la résiliation anticipée.

Ces contraintes ne sont pas courantes et les liquidateurs peuvent avoir des difficultés à en saisir l'importance. Or, d'éventuelles erreurs ou omissions dans l'exécution des contrats peuvent entraîner la responsabilité de la Sem, à défaut d'engager la responsabilité du liquidateur.

C'est pourquoi il est souhaitable que, avant toute décision de mise en liquidation, soient bien étudiées les conditions de résiliation des contrats et de reprise des opérations par les collectivités. Ceci nécessite une phase de préparation faisant l'objet d'un protocole d'accord comme indiqué ci-dessus. Ce n'est qu'à l'issue de cette phase et, de préférence, après clôture ou transfert des opérations que la décision de liquidation devrait être prise.

En raison des obligations de droit public et de droit privé concernant les Sem, la décision de mise en liquidation doit être précédée d'une étude sur les conditions de coût, de délai, et le mode de liquidation.

# Chapitre VII

# La disparition de la Sem

La disparition de la Sem entraîne sa dissolution. S'étant associés librement, les actionnaires de la Sem peuvent se séparer tout aussi librement. Cependant, parmi les causes de dissolution, toutes ne tiennent pas à la seule volonté des associés.

L'article 1844-7 du Code civil énonce les causes de dissolution communes à toutes les sociétés :

- arrivée du terme ;
- réalisation ou extinction de l'objet ;
- dissolution judiciaire pour justes motifs ;
- annulation ;
- dissolution judiciaire consécutive à une réunion des parts en une seule main ;
- dissolution anticipée décidée par les associés ;
- transformation en Spla ;
- prononcé de la liquidation judiciaire (article L. 237-14 du Code de commerce)

Ce sont là des causes générales auxquelles il faut ajouter les causes propres à la société anonyme qui peuvent faire l'objet d'une régularisation dans les délais prescrits par la loi :

- nombre d'actionnaires inférieur à 7 depuis plus d'un an (à régulariser dans les six mois, article L. 225-247 du Code de commerce) ;
- réduction du capital en deçà du minimum légal (à reconstituer avant intervention du jugement de dissolution, article L. 224-2 al. 2 du Code de commerce) ;
- capitaux propres inférieurs à la moitié du capital social (à reconstituer au plus tard à la clôture du deuxième exercice suivant celui au cours duquel la constatation est intervenue, article L. 225-248 du Code de commerce).

## L’arrivée du terme

Les Sem sont obligatoirement constituées avec un terme qui est, au plus, égal à 99 ans. Le terme échu, la société est dissoute, sauf si la prorogation de la société est antérieurement décidée.

Afin d'éviter que les associés ne laissent passer le terme, la loi impose qu'ils soient consultés un an au moins avant la date d'expiration.

La décision de prorogation est prise à la majorité exigée pour la modification des statuts, elle fait l'objet d'une publicité et doit être enregistrée.

Passé le terme statutaire, une décision des associés, même avec stipulation d'un effet rétroactif, ne peut proroger la société qui doit être dissoute.

## La réalisation ou l’extinction de l’objet

Cette cause de dissolution, qui ne joue que très rarement en droit commun des sociétés, sera plus fréquente dans les Sem. En effet, elle suppose que les associés n'ont entendu se lier que pour la réalisation d'un programme précis et limité dans le temps, pour une opération d'aménagement par exemple. Lorsque l'opération sera terminée, il restera à dissoudre la société qui aura entièrement rempli son office.

L'extinction de l'objet correspond le plus souvent à un échec. La société ne peut réaliser son objet pour des raisons qui lui sont extérieures : par exemple, la Sem a pour objet l'exploitation d'une délégation de service public, laquelle arrive à son terme. Lors de la mise en concurrence qui suit, la Sem ne voit pas sa candidature ou son offre retenue. Si la Sem avait pour seul objet l’exploitation de la délégation de service public, elle perd sa raison d’exister.

## La dissolution judiciaire prononcée pour justes motifs

La dissolution, dans cette hypothèse, n'est pas le fait des associés, mais du tribunal, saisi par un associé invoquant un "juste motif". L’article 1844-7 5° du Code civil retient comme justes motifs :

- l'inexécution par un associé de ses obligations. La jurisprudence y ajoute la malice de l'associé et son entêtement à refuser de remplir ses devoirs ;
- la mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société. C'est le cas le plus fréquent de dissolution judiciaire pour juste motif. C'est en général l'aboutissement d'une "crise politique" au sein de la société.

Le juge évitera de prononcer la dissolution d'une société surtout si elle est viable et essaiera de dénouer la crise par la désignation d'un administrateur judiciaire chargé d'une mission de médiateur.

## L’annulation du contrat de société

Cette sanction est très rarement prononcée. Le juge peut déclarer la nullité de la société quand certaines règles de constitution n'ont pas été respectées. Cependant, lorsqu'elle intervient, elle entraîne la dissolution de la société sans effet rétroactif et entraîne la dissolution de la société pour l'avenir.

S'agissant d'une Sem, il peut se produire qu'une collectivité crée une Sem dont l'objet, au jour de la décision, est conforme aux exigences de la loi. La question se pose, quelques années plus tard, si l'on constate que les circonstances de fait qui ont motivé légalement la décision de la collectivité de créer la Sem se sont modifiées et que l'objet ne répond plus au critère de légalité.
La constatation d'une telle situation n'entraîne pas la nullité de la société. Par contre, tout intéressé peut soulever l'illégalité de la décision de la collectivité de créer la Sem. En d'autres termes, si l'objet d'une Sem ne répond plus au critère d'intérêt général, la collectivité devrait se retirer de la Sem, celle-ci se transformant ipso facto en société anonyme de droit commun, ou encore procéder à la dissolution anticipée de la société.

## La réunion de toutes les parts en une seule main

Lorsqu'un associé se retrouve seul à détenir toutes les actions de la société, celle-ci n'est pas dissoute pour autant. L'associé unique a un an pour régulariser la situation, soit en retrouvant six partenaires, soit en procédant à la dissolution de la société.

La dissolution de la société par l'associé unique "entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société à l'associé unique sans qu'il y ait lieu à liquidation".

Cette cause de disparition peut être provoquée. C'est en effet une façon rapide de mettre fin à une société en évitant le lourd formalisme de la liquidation.

Alors même que cette situation ne semble pas pouvoir se trouver dans une Sem, en raison, d'une part, de la nécessaire mixité du capital, public et privé, et, d'autre part, de la nécessaire répartition de ce capital entre actionnaires collectivités locales et actionnaires autres, certains auteurs ont évoqué une possible application de cette solution aux Sem[51].

Il est vrai qu'en de nombreux cas de Sem monocommunale en difficulté sur des opérations immobilières, ce serait une solution "élégante" (et discrète) de mettre fin à une société dont la pérennité est compromise tout en transférant l'entier patrimoine immobilier à la collectivité qui s'assurerait ainsi la maîtrise de ses sols en attendant une conjoncture économique meilleure.

*51 - Cf. étude de Philippe TERNEYRE, "Dangers et méthodes de redressement des sociétés d'économie mixte locales en difficulté", Les petites affiches, 25 octobre 1995, pp. 35 et suivantes.*

# La dissolution anticipée par décision des associés

## Décision

La possibilité pour l'assemblée générale extraordinaire de la société de décider la dissolution anticipée de la société est, en général, contenue dans les statuts. Cependant, l'absence d'une telle disposition ne met pas obstacle à la mise en œuvre de cette procédure.

Sauf stipulation contraire, la décision de dissolution anticipée est prise à la majorité qualifiée requise pour les modifications statutaires.

## Nomination du liquidateur

En même temps que l'assemblée générale extraordinaire décide la dissolution anticipée de la société, elle décide de sa liquidation, nomme le ou les liquidateurs[52] qui en seront chargés et fixe leur rémunération.

En général, les organes de gestion cessent toute activité et le liquidateur est seul responsable de la gestion de la société pendant la période de liquidation que le législateur a fixé à trois ans (article L. 237-21 du Code de commerce). L'assemblée générale peut en disposer autrement, elle peut raccourcir ou allonger ce délai.

En tout état de cause, à expiration du délai légal ou conventionnel, le renouvellement du mandat est possible. Mais, il faut que le liquidateur indique les raisons pour lesquelles la liquidation n'a pu être clôturée dans le délai fixé, les mesures qu'il envisage de prendre et les délais nécessaires à l'achèvement de sa mission.

Le liquidateur peut être choisi parmi les associés ou les tiers. Ne peuvent pas être nommés liquidateurs les personnes auxquelles l'exercice des fonctions de directeur général, d'administrateur, de membres du directoire ou du conseil de surveillance est interdit ou qui sont déchues du droit d'exercer ces fonctions.
Si l'associé ou le tiers envisage d'acheter des biens appartenant à la société dissoute, il doit refuser les fonctions de liquidateur. L'article L. 237-7 du Code de commerce interdit en effet, à peine de sanctions pénales, la cession totale ou partielle des biens composant l'actif social au liquidateur ou à ses proches.

Enfin, le liquidateur exerçant tous les pouvoirs de direction, il doit jouir des mêmes capacités à gérer les sociétés que les dirigeants sociaux.

## Mission du liquidateur

Le liquidateur va procéder à la réalisation des éléments d'actif, au paiement des créanciers de la société, et répartir le solde disponible entre les associés.

- **Opérations préliminaires**

Dès son entrée en fonction, le liquidateur doit accomplir les diverses formalités de publicité consécutives à sa nomination.



*52 - Cette nomination se fait à la majorité requise pour les décisions de l'assemblée générale ordinaire (article L. 237-18 du code de commerce)*

Il dresse un inventaire des éléments de l'actif et du passif social.

Dans les six mois de sa nomination, le liquidateur doit convoquer les associés en assemblée afin de les informer de la situation de la société et leur exposer les conditions dans lesquelles il envisage de procéder à la liquidation.

S'il se révèle que les éléments d'actif seront insuffisants pour désintéresser les créanciers sociaux, le liquidateur doit, sans tarder, déposer le bilan de la société et demander l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Seul l'accord des associés de combler un éventuel passif peut faire échapper la société à l'ouverture d'une procédure collective.

Cette "liquidation silencieuse", fréquente dans les Sem, pose le problème de savoir si le comblement volontaire du passif doit se faire au prorata du capital détenu par chaque actionnaire ou s'il peut s'opérer inégalement.

La Direction générale des collectivités locales[53] estime pour sa part que cette participation au comblement de passif doit se faire au prorata du capital détenu.
Il est à craindre que les actionnaires "privés", par nature minoritaires, n'acceptent pas de combler le passif, s'il résulte de mauvais choix de gestion de la collectivité dirigeante. Ils auront alors tout intérêt à laisser s'ouvrir la procédure collective au cours de laquelle l'administrateur ou le liquidateur judiciaire aura la possibilité d'introduire une action en comblement de passif à l'encontre de la collectivité, du fait de ses représentants.

- **Représentation de la société et mesures conservatoires**

Le liquidateur est seul habilité à représenter la société. Il agit au nom de celle-ci et l'engage pour tous les actes de la liquidation. Le liquidateur est responsable civilement, pénalement et financièrement des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions.

Il doit accomplir les actes conservatoires nécessaires à la conservation de l'actif social (renouvellement de baux, de polices d'assurances, inscription de privilèges et hypothèques, etc…).

- **Recouvrement des créances et réalisation de l'actif**

Le liquidateur recouvre les sommes dues à la société par les tiers, mais aussi par les associés.

Lorsque le paiement des dettes sociales l'impose, le liquidateur appelle la quotité de capital non encore libéré.

Le liquidateur est investi des pouvoirs les plus étendus pour réaliser l'actif social. Cependant, la cession d'actif, totale ou partielle, à une personne ayant la qualité d'administrateur, président, directeur général, membre d'un conseil de surveillance ou membre du directoire, ne peut se faire, sauf consentement unanime des associés, qu'avec l'autorisation du tribunal de commerce.

De même, une cession globale de l'actif de la société doit être autorisée par l'assemblée des actionnaires aux conditions de quorum et de majorité exigées pour la modification des statuts.

*53 - Document "Les sociétés d'économie mixte locales" page 43*

Ces principes généraux trouveront à s'appliquer dans les Sem ayant un patrimoine propre. Dans nombre de cas cependant, l'actif de la Sem se rapporte à des concessions d'aménagement ou des délégations de service public, dont les biens sont contractuellement susceptibles de faire l'objet de "retour" ou de "reprise" par les concédants, et les opérations qu'elles concernent, l'objet d'une liquidation ou d'une reddition de comptes à la collectivité.

La loi du 2 janvier 2002 a introduit un article L. 1523-4 2e alinéa qui impose d'insérer, dans les conventions passées sur le fondement de l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme, ou dans les contrats de délégation de service public, une clause prévoyant, en cas de mise en liquidation judiciaire de la société, les conditions d'indemnisation par la collectivité territoriale ou le groupement de la partie non amortie des biens acquis ou réalisés par la société et affectés au patrimoine de l'opération sur lesquels ils exercent leur droit de retour ou de reprise.

Le montant de l'indemnité en résultant sera alors versé à la société, déduction faite le cas échéant des participations financières de la collectivité territoriale ou du groupement pour la partie non utilisée de celles-ci, et des paiements correspondant à l'exécution d'une garantie acccordée pour le financement de l'opération.

Cette clause doit être inscrite, à peine de nullité du traité de concession ou du contrat de délégation.
On peut dès lors admettre, lorsque la société envisage une dissolution anticipée, de régler préalablement et amiablement la résiliation de ces contrats, le cas échéant, sur la base de cette clause.

Lorsque le délégant est l'actionnaire majoritaire qui décide la dissolution, c'est à lui de demander à la société la résiliation amiable des contrats.

Si la société travaille pour des collectivités non-actionnaires, elle doit engager des négociations avec ses cocontractants.

La résiliation anticipée des contrats et leur reprise par les collectivités peuvent avoir des conséquences financières très importantes pour les deux parties et il convient, avant toute décision de dissolution, d'en mesurer le coût. C'est souvent cette absence d'étude et d'accord préalable qui conduit les Sem ayant décidé de se liquider amiablement au dépôt de bilan et à la procédure collective.

- **Paiement des créanciers**

Le liquidateur procède au paiement des créanciers au fur et à mesure qu'ils se présentent, aucune disposition législative n'imposant de procédure d'apurement du passif. C'est ce qu'il est convenu d'appeler “le prix de la course”.

Cependant, le liquidateur engage sa responsabilité s'il procède sciemment au paiement de certains d'entre eux, à l'exclusion des autres, en sachant que l'actif ne peut suffire à régler la totalité du passif.

La Chambre commerciale de la Cour de Cassation a jugé que le compte courant ouvert au nom de la société dans les livres d'une banque est nécessairement clôturé à la dissolution de cette société, sauf prorogation de son fonctionnement pour les besoins des opérations de liquidation[54].



*54 - Com. 15 novembre 1994, Bull. Joly 1995.47 note Le Cannu*

## Effet de la liquidation

- **Personnalité morale**

La société conserve la personnalité morale jusqu'à la clôture de la liquidation. La société est désignée par sa dénomination suivie de la mention "société en liquidation".

Les assemblées générales continuent à avoir lieu. En revanche, l'existence du conseil d'administration prend fin à la date de la décision de dissolution (sauf décision contraire).

- **Droits des associés**

Les droits des associés ne sont pas affectés par la dissolution et ils jouissent de larges prérogatives de contrôle et d'information pendant la liquidation de la société.

Par ailleurs, si la société en liquidation réalise, du fait de la provisoire continuation d'exploitation, des bénéfices, ceux-ci doivent être répartis entre les associés conformément aux dispositions statutaires. De même, les actions demeurent négociables après dissolution de la société et jusqu'à clôture de la liquidation.

- **Organes de contrôle**

Le commissaire aux comptes et le conseil de surveillance restent en place pendant toute la durée de la liquidation.

## En cours de liquidation

- **Comptes sociaux**

Dans les trois mois de la clôture de chaque exercice, le liquidateur est tenu d'établir l'inventaire, les comptes annuels et un rapport écrit dans lequel il rend compte des opérations de liquidation au cours de l'exercice écoulé.

- **Assemblée des actionnaires**

Le liquidateur doit convoquer l'assemblée des actionnaires au moins une fois par an et dans les six mois de la clôture de l'exercice, afin de statuer sur les comptes annuels. L'assemblée des actionnaires peut donner les autorisations éventuellement nécessaires au liquidateur pour exécuter sa mission, elle peut renouveler le mandat des commissaires aux comptes.

L'assemblée des actionnaires ne peut pas revenir sur sa décision de dissolution anticipée de la société. Mais elle peut décider d'une fusion-absorption.

## Clôture de la liquidation

Tous les associés sont convoqués en fin de liquidation pour statuer sur le compte définitif de liquidation, donner quitus au liquidateur et constater la clôture de la liquidation. Ces décisions sont prises aux conditions de quorum et de majorité exigées pour les assemblées ordinaires.
Si l'assemblée refuse d'approuver les comptes, le liquidateur les dépose au greffe du

tribunal de commerce. Il saisit ensuite le tribunal de commerce pour qu'il statue sur ces comptes et sur la clôture de la liquidation.
Les comptes définitifs, accompagnés de la décision de l'assemblée, ou de la décision de justice, sont déposés au greffe du tribunal de commerce et le liquidateur publie un avis de clôture de la liquidation dans le journal d'annonces légales qui avait fait la publicité de sa nomination.

Sur justification de ces formalités de dépôt et de publicité, le liquidateur demande la radiation de la société au registre du commerce et des sociétés. Le greffier fait alors paraître un avis au BODAC.

La décision de clôture de la liquidation fait disparaître la personnalité morale : la société n'a plus d'existence. La clôture entraîne également la cessation des fonctions du liquidateur qui n'est plus habilité à représenter la société.

## Le redressement et la liquidation judiciaires

La Sem est soumise de plein droit aux dispositions de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, modifiée par la loi du 10 juin 1994, relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, modifiée également par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005.

### Cause principale d'ouverture de la procédure de redressement ou de la liquidation judiciaire

- **La cessation des paiements**

Une société ne peut en principe être mise en redressement ou en liquidation que si elle est en cessation des paiements, c'est-à-dire dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible.

Cette définition mérite des précisions :

- **Le passif exigible** est le passif échu et exigé ;
- **L'actif disponible** est l'actif réalisable immédiatement ou à quelques jours.

Faire face signifie que la cessation des paiements est plus qu'un déséquilibre momentané, c'est l'incapacité à retrouver dans un avenir proche un équilibre financier durable.

### Saisine du tribunal de commerce

Le tribunal de commerce peut être saisi d'une demande d'ouverture de procédure de redressement / liquidation par :

- les représentants légaux de la Sem dans les quinze jours qui suivent la cessation de paiement. La déclaration est déposée au greffe du tribunal accompagnée d'un certain nombre de documents, un créancier de la société qui assigne la Sem devant le tribunal pour défaut de paiement d'une créance certaine ;
- le tribunal lui-même ;
- une requête du procureur de la République, après convocation du débiteur ;
- le débiteur, le procureur de la République ou un créancier en cas d'inexécution des engagements financiers pris dans le cadre d'un règlement amiable.

## Le jugement d'ouverture

Avant de statuer sur l'ouverture de la procédure, le tribunal ou son président **peut** diligenter une enquête préalable sur la situation financière, économique et sociale de l'entreprise. Il doit alors entendre en chambre du conseil le dirigeant de la société, les représentants du comité d'entreprise ou le délégué du personnel, éventuellement le conciliateur s'il en avait été nommé un avant la cessation de paiement, ou toute personne dont l'audition lui paraîtrait utile.

Si l'entreprise a cessé toute activité ou si son redressement est manifestement impossible, le tribunal le constate et prononce la liquidation judiciaire immédiate.

Cette situation pourrait s'appliquer à certaines Sem dont l'actionnaire majoritaire se désengage en ne lui assurant plus un volant d'activités suffisantes.

En dehors de ce cas extrême, le tribunal ouvre une procédure de redressement judiciaire, fixe la date de cessation de paiement et nomme les organes de la procédure.

## Les organes de la procédure

**Le juge commissaire** veille au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence.

**L'administrateur judiciaire** établit l'inventaire des biens et rédige un rapport sur la situation économique et financière de l'entreprise.

**Le représentant des créanciers** vérifie les créances, assure la défense des créanciers et les informe du déroulement de sa mission.

**Le représentant des salariés** assure la défense des droits des salariés de la société.

**Un à cinq contrôleurs** peuvent être désignés par le juge commissaire parmi les créanciers de l'entreprise, ils assistent le représentant des créanciers qui reste seul habilité à les défendre.

## La période d'observation

La durée de la période d'observation est de six mois, elle peut être renouvelée une fois par décision motivée rendue par le tribunal. Exceptionnellement, elle sera prolongée à la demande du procureur de la République pour une durée ne pouvant excéder huit mois.

Pendant la période d'observation, il y a poursuite de l'activité de la société soit sous la surveillance de l'administrateur, soit avec son assistance, soit encore par l'administrateur seul, les dirigeants de l'entreprise étant totalement écartés.

Dans les deux mois de l'ouverture de la procédure, un rapport intermédiaire doit être rédigé par le débiteur ou l'administrateur. Au vu de ce rapport, le tribunal statue sur les suites de la procédure : poursuite de la période d'observation, ou conversion en liquidation judiciaire si l'entreprise ne dispose pas de capacités de financement suffisantes.

Au cours de cette période, l'administrateur est chargé d'établir un bilan économique et social de la société au terme duquel il propose un plan de redressement, un plan de cession ou la liquidation de la société. Ce bilan est établi avec le concours des dirigeants de la société, d'experts et du juge commissaire.

Dix jours avant la fin de la période d'observation, l'administrateur communique son rapport au débiteur, au comité d'entreprise, aux contrôleurs, au représentant des créanciers, à l'inspecteur du travail et au procureur de la République.

Au vu du rapport, le tribunal prend la décision d'adopter le plan de continuation ou le plan de cession proposé par l'administrateur, ou il prononce l'ouverture de la liquidation judiciaire de la société.

Les nouvelles dispositions de la loi de sauvegarde de 2005 permettent au Tribunal qui n'adopte pas un plan de redressement, d'ordonner un plan de cession sans prononcer la liquidation judiciaire. Cette possibilité lui est offerte dès lors qu'une offre de reprise intéressante a été recueillie durant la période d'observation.

## La liquidation judiciaire

Il existe désormais une procédure simplifiée de liquidation judiciaire organisée par les articles L. 644-1 à L. 644-6 du Code de commerce.

Ainsi, s'il apparaît que l'actif du débiteur ne comprend pas de biens immobiliers, que le nombre de ses salariés au cours des six mois précédant l'ouverture de la procédure et que son chiffre d'affaire hors taxes sont égaux ou inférieurs à cinq salariés et 750 000 €, le Tribunal ouvre une procédure judiciaire simplifiée au vu du rapport du liquidateur et après avoir entendu ou dûment convoqué le débiteur.

Les dispositions de l'article L. 640-1 du Code de commerce présentent désormais la liquidation judiciaire comme une procédure collective autonome dont l'ouverture obéit à ses règles propres : cessation des paiements et redressement manifestement impossible.

Que la liquidation soit prononcée immédiatement ou au terme de la période d'observation du redressement judiciaire, le tribunal désigne :

- un **juge commissaire**, qui sera le même, sauf exception, que le juge commissaire du redressement judiciaire. Le juge commissaire choisit 1 à 5 contrôleurs parmi les créanciers qui en font la demande ;
- un **liquidateur**, qui procédera au licenciement des salariés ainsi qu'à la réalisation de l'actif et à la répartition du produit de liquidation entre les créanciers. Il a seul compétence pour représenter la société et poursuit les actions introduites par l'administrateur judiciaire ou le représentant des créanciers désignés pendant la période de redressement.

Les dirigeants de la société restent en fonction sauf disposition contraire des statuts ou décision de l'assemblée des associés. Ils sont cependant dessaisis au profit du liquidateur de leurs pouvoirs ordinaires.

## La réalisation des actifs

Le liquidateur va céder les biens de la société :

- les immeubles sont vendus aux enchères publiques, par adjudication ou de gré à gré ;
- les meubles sont vendus aux enchères ou de gré à gré.

Dans le cas d'une Sem titulaire d'une convention publique d'aménagement, ou délégataire de service public, le liquidateur doit respecter les dispositions de l'article L. 1523-4 du CGCT, introduites par loi du 2 janvier 2002.
Ce nouveau texte prévoit le retour automatique des biens apportés gratuitement par les collectivités territoriales ou leurs groupements, en cas de liquidation judiciaire de la Sem.

Ce texte est également applicable dans l'hypothèse où la société d'économie mixte aurait acquis ces biens de la collectivité.

Par ailleurs, l'article L. 1523-4 précité précise que la convention ou le contrat de délégation doit contenir une clause prévoyant, à peine de nullité, les conditions d'indemnisation, par les collectivités ou leur groupement, des biens non amortis, acquis ou réalisés par la société et dont ils reprennent possession.

Doivent être déduites du montant de l'indemnisation ainsi calculé les participations financières de la collectivité ou du groupement pour la partie non utilisée de celles-ci, et des paiements correspondants à l'exécution d'une garantie pour le financement de l'opération.

Enfin, le même article L. 1523-4 du CGCT précise que les conventions passées sur le fondement de l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme (conventions publiques ou "privées" d'aménagement), ou les contrats de délégation de service public sont automatiquement résiliés.

Ces dispositions sont donc très protectrices des intérêts des collectivités et de leurs groupements, notamment en cas de délégation de service public faite à une Sem. Pour ce qui concerne l'activité d'aménagement, ces dispositions ne sont applicables qu'aux conventions publiques d'aménagement conclues avec les Sem et non aux conventions privées, qui n'ont pas l'obligation de contenir de telles clauses.

## Le règlement des créanciers

Une fois l'actif réalisé, le liquidateur établit l'ordre des créanciers, afin de payer le passif et de clôturer la procédure. Cet ordre des paiements est déterminé par la loi.

## Clôture de la procédure

La clôture de la procédure pour extinction du passif ou pour insuffisance d'actif est constatée par un jugement susceptible d'appel, qui fait l'objet d'une publicité.

Sauf exception, les créanciers ne recouvrent pas l'exercice de leurs actions individuelles à l'égard de la société.

Le liquidateur doit procéder à la reddition des comptes et les déposer au greffe du tribunal de commerce dans les trois mois qui suivent la clôture des opérations de liquidation.

# Annexes

- Extraits du Code général des collectivités locales
- Bibliographie
- Boîte à outil du dirigeant de Sem

# PREMIÈRE PARTIE LIVRE V. – DISPOSITIONS ÉCONOMIQUES
# TITRE II. – SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

## Chapitre I - Objet

• **Article L.1521-1** (modifié par Loi n°2004-806 du 9 août 2004 - art. 26 JORF 11 août 2004)
Les communes, les départements, les régions et leurs groupements peuvent, dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi, créer des sociétés d'économie mixte locales qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres personnes publiques pour réaliser des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général ; lorsque l'objet de sociétés d'économie mixte locales inclut plusieurs activités, celles-ci doivent être complémentaires. En outre, les sociétés d'économie mixte locales peuvent réaliser des opérations de conception, réalisation, entretien ou maintenance ainsi que, le cas échéant, de financement d'équipements hospitaliers ou médico-sociaux pour les besoins d'un établissement de santé, d'un établissement social ou médico-social ou d'un groupement de coopération sanitaire.
La commune actionnaire d'une société d'économie mixte locale dont l'objet social s'inscrit dans le cadre d'une compétence qu'elle a transférée à un établissement public de coopération intercommunale peut continuer à participer au capital de cette société à condition qu'elle cède à l'établissement public de coopération intercommunale plus des deux tiers des actions qu'elle détenait antérieurement au transfert de compétences.

## Chapitre II – Composition du capital

• **Article L.1522-1** (modifié par Ordonnance n° 2003-1212 2003-12-18 art. 2 I, III JORF 20 décembre 2003 - modifié par Ordonnance n° 2003-1212 du 18 décembre 2003 - art. 2 JORF 20 décembre 2003)
Les assemblées délibérantes des communes, des départements, des régions et de leurs groupements peuvent, à l'effet de créer des sociétés d'économie mixte locales mentionnées à l'article L. 1521-1, acquérir des actions ou recevoir, à titre de redevance, des actions d'apports, émises par ces sociétés.
Les prises de participation sont subordonnées aux conditions suivantes :

**1°** La société revêt la forme de société anonyme régie par le livre II du code de commerce, sous réserve des dispositions du présent titre ;

**2°** Les collectivités territoriales et leurs groupements détiennent, séparément ou à plusieurs, plus de la moitié du capital de ces sociétés et des voix dans les organes délibérants.

Sous réserve, pour les Etats qui ne sont pas membres de l'Union européenne, de la conclusion d'un accord préalable avec les Etats concernés, des collectivités territoriales étrangères et leurs groupements peuvent participer au capital de sociétés d'économie mixte locales dont l'objet social est conforme à l'article L. 1521-1.
Ils ne peuvent toutefois pas détenir, séparément ou à plusieurs, plus de la moitié du capital et des voix dans les organes délibérants détenus par l'ensemble des collectivités territoriales et leurs groupements.

• **Article L.1522-2** (modifié par Ordonnance n° 2003-1212 du 18 décembre 2003 - art. 2 JORF 20 décembre 2003)
La participation des actionnaires autres que les collectivités territoriales et leurs groupements ne peut être inférieure à 15 % du capital social.

• **Article L.1522-3** (modifié par Ordonnance n° 2003-1212 2003-12-18 art. 2 I, IV JORF 20 décembre 2003 - modifié par Ordonnance n°2003-1212 du 18 décembre 2003 - art. 2 JORF 20 décembre 2003)
Par dérogation aux dispositions de l'article L. 224-2 du code de commerce, le capital social doit être au moins égal à 225 000 euros pour les sociétés ayant dans leur objet la construction d'immeubles à usage d'habitation, de bureaux ou de locaux industriels, destinés à la vente ou à la location, et à 150 000 euros pour celles ayant dans leur objet l'aménagement.

## Chapitre II -1 - Concours financiers des collectivités territoriales et de leurs groupements

• **Article L.1522-4** (modifié par Ordonnance n° 2003-1212 2003-12-18 art. 2 I, II JORF 20 décembre 2003 -modifié par Ordonnance n° 2003-1212 du 18 décembre 2003 - art. 2 JORF 20 décembre 2003)
Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent, en leur qualité d'actionnaires, prendre part aux modifications de capital ou allouer des apports en compte courant d'associés aux sociétés d'économie mixte locales dans les conditions définies à l'article L. 1522-5.
Ces concours financiers ne sont pas régis par les dispositions du titre I[er] du présent livre.

• **Article L.1522-5** (modifié par Ordonnance n° 2003-1212 2003-12-18 art. 2 I, II JORF 20 décembre 2003 - modifié par Ordonnance n° 2003-1212 du 18 décembre 2003 - art. 2 JORF 20 décembre 2003)
L'apport en compte courant d'associés visé au premier alinéa de l'article L. 1522-4 est alloué dans le cadre d'une convention expresse entre la collectivité territoriale ou le groupement actionnaire, d'une part, et la société d'économie mixte locale, d'autre part, qui prévoit, à peine de nullité :

**1**° La nature, l'objet et la durée de l'apport ;

**2**° Le montant, les conditions de remboursement, éventuellement de rémunération ou de transformation en augmentation de capital dudit apport.

L'apport en compte courant d'associés ne peut être consenti par les collectivités territoriales et leurs groupements actionnaires pour une durée supérieure à deux ans, éventuellement renouvelable une fois. Au terme de cette période, l'apport est remboursé ou transformé en augmentation de capital. Aucune nouvelle avance ne peut être accordée par une même collectivité ou un même groupement avant que la précédente n'ait été remboursée ou incorporée au capital. Une avance ne peut avoir pour objet de rembourser une autre avance.
Toutefois, la transformation de l'apport en augmentation de capital ne peut avoir pour effet de porter la participation de la collectivité ou du groupement au capital social de la société au-delà du plafond résultant des dispositions de l'article L. 1522-2.
La collectivité territoriale ou le groupement ne peut consentir l'avance à la société d'économie mixte locale si la totalité des avances déjà consenties par la collectivité ou le groupement à des sociétés d'économie mixte excède, avec cette nouvelle avance, 5 % des recettes réelles de la section de fonctionnement du budget de la

collectivité ou du groupement.
Aucune avance ne peut être accordée par les collectivités ou leurs groupements si, du fait des pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres de la société d'économie mixte sont devenus inférieurs à la moitié du capital social.
Les assemblées délibérantes des collectivités territoriales et de leurs groupements actionnaires se prononcent sur l'octroi, le renouvellement ou la transformation en capital d'un apport en compte courant d'associés au vu des documents suivants :

**1°** Un rapport d'un représentant de la collectivité territoriale ou du groupement au conseil d'administration ou au conseil de surveillance de la société d'économie mixte locale ;

**2°** Une délibération du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de la société d'économie mixte locale exposant les motifs d'un tel apport et justifiant son montant, sa durée ainsi que les conditions de son remboursement, de son éventuelle rémunération ou de sa transformation en augmentation de capital.

Un décret en Conseil d'Etat détermine les modalités de rémunération des apports en compte courant d'associés.

• **Article L.1522-6** (créé par Loi n°2004-806 du 9 août 2004 - art. 26 JORF 11 août 2004)
Les établissements de santé, les établissements sociaux ou médico-sociaux et les groupements de coopération sanitaire peuvent participer au capital et aux modifications de capital des sociétés d'économie mixte locales ayant pour objet exclusif la conception, la réalisation, l'entretien ou la maintenance ainsi que, le cas échéant, le financement d'équipements hospitaliers ou médico-sociaux.

## Chapitre III – Modalités d'intervention

• **Article L.1523-1** (créé par Loi 96-142 1996-02-2, JORF 24 février 1996)
Les sociétés d'économie mixte locales peuvent intervenir pour des personnes qui ne participent pas à leur capital.
Pour les opérations autres que des prestations de services, cette intervention est subordonnée à la condition que ces personnes apportent préalablement la totalité du financement nécessaire, s'il s'agit de personnes privées, ou garantissent la totalité du financement nécessaire, s'il s'agit de personnes publiques ; à défaut, ces interventions sont soumises à l'accord préalable du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, pris à une majorité des deux tiers comprenant la moitié, au moins, des représentants des collectivités territoriales ou de leurs groupements, actionnaires, ainsi, s'il y a lieu, qu'à l'accord de la collectivité territoriale sur le territoire de laquelle l'investissement immobilier est prévu.

• **Article L.1523-2** (modifié par Loi n°2005-809 du 20 juillet 2005 - art. 6 JORF 21 juillet 2005
Lorsqu'une société d'économie mixte locale est liée à une collectivité territoriale, un groupement de collectivités territoriales ou une autre personne publique par une concession d'aménagement visée à l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme, celle-ci prévoit à peine de nullité :

**1°** L'objet du contrat, sa durée et les conditions dans lesquelles il peut éventuellement être prorogé ou renouvelé ;

**2°** Les conditions de rachat, de résiliation ou de déchéance par le concédant ainsi que, éventuellement, les conditions et les modalités d'indemnisation du concessionnaire ;

**3°** Les obligations de chacune des parties et notamment, le cas échéant, le montant de la participation financière du concédant dans les conditions prévues à l'article L. 300-5 du code de l'urbanisme, ainsi que les modalités de contrôle technique, financier et comptable exercé par le concédant dans les conditions prévues à l'article L. 300-5 précité ;

**4°** Les conditions dans lesquelles le concédant peut consentir des avances justifiées par un besoin de trésorerie temporaire de l'opération ; celles-ci doivent être en rapport avec les besoins réels de l'opération mis en évidence par le compte rendu financier visé à l'article L. 300-5 du code de l'urbanisme ; ces avances font l'objet d'une convention approuvée par l'organe délibérant du concédant et précisant leur montant, leur durée, l'échéancier de leur remboursement ainsi que leur rémunération éventuelle ; le bilan de la mise en oeuvre de cette convention est présenté à l'organe délibérant du concédant en annexe du compte rendu annuel à la collectivité ;

**5°** Les modalités de rémunération de la société ou de calcul du coût de son intervention, librement négociées entre les parties ;

**6°** Les pénalités applicables en cas de défaillance de la société ou de mauvaise exécution du traité de concession.

Le traité de concession peut prévoir les conditions dans lesquelles d'autres collectivités territoriales apportent, le cas échéant, leur aide financière pour des actions et opérations d'aménagement public visées aux articles L. 300-1 à L. 300-5 du code de l'urbanisme. Un accord spécifique est conclu entre le concédant et la collectivité qui accorde la subvention.
Les concours financiers visés au présent article ne sont pas régis par les dispositions du titre Ier du présent livre.

• **Article L.1523-3** (modifié par Loi n°2005-809 du 20 juillet 2005 - art. 6 JORF 21 juillet 2005)
Dans le cas où une collectivité territoriale, un groupement de collectivités ou une autre personne publique confie l'étude et la réalisation d'une opération d'aménagement à une société d'économie mixte locale dans le cadre d'une concession d'aménagement prévue à l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme, le traité de concession est établi conformément aux dispositions des articles L. 300-4 à L. 300-5-2 du même code ; toutefois, lorsque la personne publique contractante ne participe pas au coût de l'opération, les deuxième, troisième et dernier alinéas de cet article ne s'appliquent pas.

• **Article L.1523-4** (modifié par Loi n°2005-809 du 20 juillet 2005 - art. 6 JORF 21 juillet 2005)
En cas de mise en liquidation judiciaire de la société, les concessions passées sur le fondement de l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme ou les contrats de délégation de service public sont automatiquement résiliés et il est fait retour gratuit à la collectivité territoriale ou au groupement des biens apportés par ces derniers et inclus dans le domaine de la convention ou de la concession.
A peine de nullité, la concession ou le contrat de délégation de service public comprend une clause prévoyant, pour le cas visé à l'alinéa précédent, les conditions d'indemnisation, par la collectivité territoriale ou le groupement, de la partie non amortie des biens acquis ou réalisés par la société et affectés au patrimoine de l'opération ou du service, sur lesquels ils exercent leur droit de retour ou de reprise. Le montant de l'indemnité en résultant est versé à la société, déduction faite, le cas échéant, des participations financières de la collectivité territoriale ou du groupement pour la partie non utilisée de celles-ci et des paiements correspondant à l'exécution d'une garantie accordée pour le financement de l'opération.

• **Article L.1523-5** (créé par Loi n°2000-1208 du 13 décembre 2000 - art. 62)
Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent accorder aux sociétés d'économie mixte exerçant une activité de construction ou de gestion de logements des subventions ou des avances destinées à des programmes de logements, et à leurs annexes, dont les financements sont assortis de maxima de loyers ou de ressources des occupants, déterminés par l'autorité administrative.
Les programmes immobiliers des sociétés d'économie mixte au sens du présent article comprennent la réalisation de logements sociaux par la voie de la construction d'immeubles neufs, de la réhabilitation ou des grosses réparations effectuées sur des immeubles leur appartenant ou acquis.
Les assemblées délibérantes des départements et des communes votent ces subventions au vu d'une étude financière détaillant le coût total de l'investissement immobilier, ainsi que l'équilibre prévisionnel d'exploitation, accompagnée d'un rapport sur la situation financière de la société.
La subvention accordée est au plus égale à la différence entre le coût de l'opération et le total des autres financements qui lui sont affectés. Lorsque cette condition n'est pas remplie, son montant est, le cas échéant, réduit au plus tard un an après la mise en service de l'opération.
Une convention fixe les obligations contractées par les sociétés en contrepartie des financements accordés pour les logements.

Dans le cadre du présent article, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent, dans les mêmes conditions, céder des terrains ou des constructions, la valeur attribuée aux constructions cédées ne pouvant être inférieure à la valeur fixée par le service des domaines, quel que soit le prix de cession effectivement retenu. Le tableau récapitulatif visé aux articles L. 2241-2, L. 3213-2, L. 4221-4 et L. 5211-38 mentionne alors la valeur de cession des terrains et, à titre indicatif, la valeur estimée par le service des domaines.
Sous réserve des décisions de justice devenues définitives, les conventions passées antérieurement à la promulgation de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains et qui seraient conformes à ses nouvelles dispositions, en tant que la validité de ces conventions au regard des dispositions du titre Ier du livre V de la première partie du présent code est contestée, sont validées.
Les concours financiers visés au présent article ne sont pas régis par les dispositions du titre Ier du livre V de la première partie du présent code.

• **Article L.1523-6** (créé par Loi n°2000-1208 du 13 décembre 2000 - art. 62)
Lorsqu'une société d'économie mixte locale ayant pour objet une activité de construction ou de gestion de logements sociaux est confrontée à des difficultés dues à un déséquilibre grave et durable des programmes immobiliers visés à l'article L. 1523-5, les départements et les communes peuvent, seuls ou conjointement, lui accorder des subventions exceptionnelles pour la mise en oeuvre de mesures de redressement dans le cadre d'une convention passée avec celle-ci qui fixe la nature, le montant et la durée des subventions ainsi attribuées.
Les assemblées délibérantes des collectivités territoriales votent ces aides au vu d'un rapport spécial établi par la société sur son activité de logement social auquel est annexé un rapport du commissaire aux comptes certifiant que l'ensemble des éléments présentés est conforme à la situation financière actuelle et que les données prévisionnelles sont cohérentes avec l'ensemble des informations disponibles.
Les assemblées délibérantes sont régulièrement informées, au minimum une fois par an, de la mise en oeuvre effective des mesures de redressement prévues.

• **Article L.1523-7** (créé par Loi n°2002-1 du 2 janvier 2002 - art. 3)
Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent accorder aux sociétés d'économie mixte des subventions ou des avances destinées à des programmes d'intérêt général liés à la promotion économique du territoire ou à la gestion de services communs aux entreprises.
Une convention fixe les obligations contractées par les sociétés d'économie mixte en contrepartie de ces aides.
Les concours financiers visés au présent article ne sont pas régis par les dispositions du titre Ier du présent livre.

## Chapitre IV – Administration et contrôle

• **Article L.1524-1** (modifié par Loi n°2004-806 du 9 août 2004 - art. 27 JORF 11 août 2004)
Les délibérations du conseil d'administration ou du conseil de surveillance et des assemblées générales des sociétés d'économie mixte locales sont communiquées dans les quinze jours suivant leur adoption au représentant de l'Etat dans le département où se trouve le siège social de la société.
Il en est de même des contrats visés à l'article L. 1523-2, ainsi que des comptes annuels et des rapports du commissaire aux comptes.
A peine de nullité, l'accord du représentant d'une collectivité territoriale, d'un groupement ou d'un établissement public de santé, d'un établissement public social ou médico-social ou d'un groupement de coopération sanitaire sur la modification portant sur l'objet social, la composition du capital ou les structures des organes dirigeants d'une société d'économie mixte locale ne peut intervenir sans une délibération préalable de son assemblée délibérante approuvant la modification. Le projet de modification est annexé à la délibération transmise au représentant de l'Etat et soumise au contrôle de légalité dans les conditions prévues aux articles L. 2131-2, L. 3131-2, L. 4141-2, L. 5211-3, L. 5421-2 et L. 5721-4.

• **Article L.1524-2** (modifié par Loi n°2004-806 du 9 août 2004 - art. 27 JORF 11 août 2004)
Si le représentant de l'Etat estime qu'une délibération du conseil d'administration, du conseil de surveillance ou des assemblées générales d'une société d'économie mixte locale est de nature à augmenter gravement la charge financière d'une ou plusieurs des collectivités territoriales ou de leurs groupements actionnaires, ou le risque encouru par la ou les collectivités territoriales ou leurs groupements qui ont apporté leur garantie à un emprunt contracté par la société, il saisit, dans le délai d'un mois suivant la date de réception, la chambre régionale des comptes, à charge pour lui d'en informer simultanément la société et les assemblées délibérantes des collectivités territoriales ou de leurs groupements, actionnaires ou garants. La saisine de la chambre régionale des comptes entraîne une seconde lecture par le conseil d'administration ou de surveillance ou par les assemblées générales de la délibération contestée.

La chambre régionale des comptes dispose d'un délai d'un mois à compter de la saisine pour faire connaître son avis au représentant de l'Etat, à la société et aux assemblées délibérantes des collectivités territoriales et de leurs groupements, actionnaires ou garants.
Lorsqu'il s'agit de sociétés d'économie mixte locales mentionnées à l'article L. 1522-6, le représentant de l'Etat et la chambre régionale des comptes sont tenus d'informer la société, les conseils d'administration des établissements ou groupements actionnaires concernés ainsi que le directeur de l'agence régionale de l'hospitalisation de leurs décisions et avis.

- **Article L.1524-3** (créé par Loi 96-142 1996-02-21 jorf 24 février 1996)
Lorsqu'une société d'économie mixte locale exerce, pour le compte d'une collectivité territoriale ou d'un groupement, des prérogatives de puissance publique, elle établit chaque année un rapport spécial sur les conditions de leur exercice qui est présenté à l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement et est adressé au représentant de l'Etat dans le département.

- **Article L.1524-4** (créé par Loi 96-142 1996-02-21 jorf 24 février 1996)
Les dispositions de l'article L. 2335-2 ne sont pas applicables en cas de difficultés financières nées, pour une commune, de sa participation au capital d'une société d'économie mixte locale ou de la garantie qu'elle a accordée aux emprunts contractés par une telle société lorsque les participations ont été prises ou les garanties accordées postérieurement au 8 juillet 1983, date de publication de la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales.

- **Article L.1524-5** (modifié par Loi n°2004-806 du 9 août 2004 - art. 27 JORF 11 août 2004)
Toute collectivité territoriale ou groupement de collectivités territoriales actionnaire a droit au moins à un représentant au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, désigné en son sein par l'assemblée délibérante concernée.

Dans une proportion au plus égale à celle du capital détenu par l'ensemble des collectivités territoriales ou de leurs groupements actionnaires par rapport au capital de la société, les statuts fixent le nombre de sièges dont ils disposent au conseil d'administration ou de surveillance, ce nombre étant éventuellement arrondi à l'unité supérieure. Les sièges sont attribués en proportion du capital détenu respectivement par chaque collectivité ou groupement. En outre, les établissements publics de santé, les établissements publics sociaux ou médico-sociaux ou les groupements de coopération actionnaires ont droit au moins à un représentant au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, désigné en son sein par le conseil d'administration de l'établissement ou du groupement concerné.

Si le nombre des membres d'un conseil d'administration ou d'un conseil de surveillance prévus aux articles L. 225-17 et L. 225-69 du code de commerce ne suffit pas à assurer, en raison de leur nombre, la représentation directe des collectivités territoriales ou de leurs groupements ayant une participation réduite au capital, ils sont réunis en assemblée spéciale, un siège au moins leur étant réservé. L'assemblée spéciale désigne parmi les élus de ces collectivités ou groupements le ou les représentants communs qui siégeront au conseil d'administration ou de surveillance.

Les personnes qui assurent la représentation d'une collectivité territoriale ou d'un groupement au sein du conseil d'administration ou de surveillance d'une société d'économie mixte doivent respecter, au moment de leur désignation, la limite d'âge prévue au premier alinéa des articles L. 225-19 et L. 225-70 du code de commerce.
Quand les mêmes personnes assument les fonctions de président du conseil d'administration, elles doivent également respecter, au moment de leur désignation, la limite d'âge prévue à l'article L. 225-48 du code de commerce.

Ces personnes ne peuvent être déclarées démissionnaires d'office si, postérieurement à leur nomination, elles dépassent la limite d'âge statutaire ou légale.

Il n'est pas tenu compte de ces personnes pour le calcul du nombre des administrateurs ou des membres du conseil de surveillance qui peuvent demeurer en fonction au-delà de la limite d'âge, en vertu soit des statuts de la société, soit, à défaut de

dispositions express dans les statuts, des articles précités du code de commerce.
Par dérogation à l'article L. 225-20 du code de commerce, la responsabilité civile qui résulte de l'exercice du mandat des représentants incombe à la collectivité territoriale ou au groupement dont ils sont mandataires. Lorsque ces représentants ont été désignés par l'assemblée spéciale, cette responsabilité incombe solidairement aux collectivités territoriales ou aux groupements membres de cette assemblée.

Les élus locaux agissant en tant que mandataires des collectivités territoriales ou de leurs groupements au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance des sociétés d'économie mixte locales et exerçant, à l'exclusion de toute autre fonction dans la société, les fonctions de membre, de président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance et de président assurant les fonctions de directeur général d'une société d'économie mixte locale ne sont pas considérés comme entrepreneurs de services municipaux, départementaux ou régionaux au sens des articles L. 207, L. 231 et L. 343 du code électoral.

Ces représentants peuvent percevoir une rémunération ou des avantages particuliers à condition d'y être autorisés par une délibération expresse de l'assemblée qui les a désignés ; cette délibération fixe le montant maximum des rémunérations ou avantages susceptibles d'être perçus ainsi que la nature des fonctions qui les justifient.
Les élus locaux agissant en tant que mandataires des collectivités territoriales ou de leurs groupements au sein du conseil d'administration ou de surveillance des sociétés d'économie mixte locales et exerçant les fonctions de membre ou de président du conseil d'administration, de président-directeur général ou de membre ou de président du conseil de surveillance, ne sont pas considérés comme étant intéressés à l'affaire, au sens de l'article L. 2131-11, lorsque la collectivité ou le groupement délibère sur ses relations avec la société d'économie mixte locale.

Toutefois, ils ne peuvent participer aux commissions d'appel d'offres ou aux commissions d'attribution de délégations de service public de la collectivité territoriale ou du groupement lorsque la société d'économie mixte locale est candidate à l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public dans les conditions prévues aux articles L. 1411-1 et suivants.
En cas de fin légale du mandat de l'assemblée, le mandat de ses représentants au conseil d'administration ou au conseil de surveillance est prorogé jusqu'à la désignation de leurs remplaçants par la nouvelle assemblée, leurs pouvoirs se limitant à la gestion des affaires courantes.

Les organes délibérants des collectivités territoriales et de leurs groupements actionnaires se prononcent sur le rapport écrit qui leur est soumis au moins une fois par an par leurs représentants au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, et qui porte notamment sur les modifications des statuts qui ont pu être apportées à la société d'économie mixte. Lorsque ce rapport est présenté à l'assemblée spéciale, celle-ci assure la communication immédiate aux mêmes fins aux organes délibérants des collectivités et groupements qui en sont membres.
Toute prise de participation d'une société d'économie mixte locale dans le capital d'une société commerciale fait préalablement l'objet d'un accord exprès de la ou des collectivités territoriales et de leurs groupements actionnaires disposant d'un siège au conseil d'administration, en application du premier alinéa du présent article.
Les sociétés d'économie mixte locales mentionnées à l'article L. 1522-6 ne sont pas autorisées à prendre de participation dans le capital d'une société commerciale.

Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application du présent article.

• **Article L.1524-6** (modifié par Loi n°2002-1 du 2 janvier 2002 - art. 5)
Lorsqu'une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales a accordé sa garantie aux emprunts contractés par une société d'économie mixte locale, elle ou il a le droit, à condition de ne pas en être actionnaire directement représenté au conseil d'administration ou de surveillance, d'être représenté auprès de la société d'économie mixte locale par un délégué spécial désigné, en son sein, par l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou du groupement.

Le délégué spécial doit être entendu, sur sa demande, par tous les organes de direction de la société. Ses observations sont consignées au procès-verbal des réunions du conseil d'administration ou du conseil de surveillance.
Le délégué peut procéder à la vérification des livres et des documents comptables et s'assurer de l'exactitude de leurs mentions.
Le délégué rend compte de son mandat dans les mêmes conditions que celles prévues pour les représentants au conseil d'administration par le quatorzième alinéa de l'article L. 1524-5.

Les mêmes dispositions sont applicables aux collectivités territoriales et aux groupements de collectivités territoriales qui détiennent des obligations des sociétés mentionnées au second alinéa de l'article L. 2253-2.

• **Article L.1524-7** (créé par Loi 96-142 1996-02-21 JORF 24 février 1996)
Les dispositions des articles L. 2253-1 et L. 3231-6 ne sont pas applicables aux acquisitions d'actions dont l'objet est de rendre les collectivités territoriales ou leurs groupements majoritaires dans le capital des sociétés d'économie mixte locales.

## Chapitre V – Dispositions particulières

• **Article L.1525-1** (modifié par Ordonnance n°2006-596 du 23 mai 2006 - art. 3 (V) JORF 25 mai 2006)
Les dispositions de l'article L. 1522-1 concernant la participation majoritaire des collectivités territoriales et de leurs groupements au capital ne sont pas applicables :

**1°** Aux sociétés d'économie mixte constituées en application des décrets-lois des 5 novembre et 28 décembre 1926 et créées antérieurement au 8 juillet 1983, date de publication de la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales, sous réserve qu'elles ne modifient pas leur objet social ;

**2°** Aux sociétés d'économie mixte sportives mentionnées à l'article L. 122-12 du Code du sport dans lesquelles la majorité du capital social et la majorité des voix dans les organes délibérants sont détenues par l'association sportive seule ou, conjointement, par l'association sportive et les collectivités territoriales ;

**3°** Aux sociétés d'économie mixte d'équipement et d'exploitation de remontées mécaniques constituées antérieurement au 8 juillet 1983, date de publication de la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 précitée.

• **Article L.1525- 2** (créé par Loi 96-142 1996-02-21 jorf 24 février 1996
Les dispositions de l'article L. 1522-3 ne sont pas applicables aux sociétés d'économie mixte créées antérieurement au 8 juillet 1983, date de publication de la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 précitée, sous réserve qu'elles ne modifient pas leur objet social

• **Article L.1525- 3** (modifié par Loi n°2000-1208 du 13 décembre 2000 - art. 63
Les dispositions du présent titre ne sont pas applicables :

**1**° Aux sociétés anonymes d'habitations à loyer modéré et aux sociétés de crédit immobilier visées par les articles L. 422-2 et L. 422-4 du code de la construction et de l'habitation au capital desquelles participent, en application de l'article L. 431-4 (3°) du même code, des départements ou des communes ;

**2**° Aux sociétés de financement régionales ou interrégionales ainsi qu'aux sociétés de développement régional au capital desquelles participent, en application de l'article L. 4211-1, une ou plusieurs régions ;

**3**° Aux sociétés d'économie mixte constituées en application de la loi n° 46-860 du 30 avril 1946 tendant à l'établissement, au financement et à l'exécution de plans d'équipement et de développement des territoires relevant du ministère de la France d'outre-mer, à l'exception des articles L. 1523-5 et L. 1523-6.

## PREMIÈRE PARTIE VI.
## DISPOSITIONS FINANCIÈRES ET COMPTABLES
## TITRE 1er

### Chapitre V
### Fonds de compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée

• **Article L.1615-11** (créé par Loi n°2002-1 du 2 janvier 2002 - art. 4)
Sous réserve des dispositions de l'article L. 1615-7, le financement d'un équipement public destiné à être intégré dans le patrimoine d'une collectivité territoriale ou d'un groupement, dans les conditions prévues à l'article L. 300-5 du code de l'urbanisme, ouvre droit au bénéfice du Fonds de compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée. Le droit au bénéfice du Fonds de compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée est acquis à compter de l'intégration de l'équipement public dans le patrimoine de la collectivité. Le calcul de l'attribution du Fonds de compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée s'effectue sur la valeur de l'équipement intégré dans le patrimoine de la collectivité.

## DEUXIÈME PARTIE LIVRE V.
## DISPOSITIONS PARTICULIÈRES
## TITRE IV. – COMMUNES DE DEPARTEMENTS DE LA MOSELLE, DU BAS RHIN ET DU HAUT RHIN

• **Article L.2542-28** (créé par Loi 96-142 1996-02-21 jorf 24 février 1996)
Les sociétés d'économie mixte existant dans les départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin et créées en application de la loi locale du 6 juin 1895 sur l'organisation municipale en Alsace-Lorraine peuvent déroger aux dispositions de l'article L. 1522-1 concernant la participation majoritaire des collectivités territoriales au capital et la forme de société anonyme. Code de l'urbanisme

## LIVRE III : AMÉNAGEMENT FONCIER.
## TITRE II : ORGANISMES D'EXÉCUTION

### Chapitre VII
### Sociétés publiques locales d'aménagement

• **Article L327-1 :** Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent, à titre expérimental, pour une durée de cinq ans, prendre des participations dans des sociétés publiques locales d'aménagement dont ils détiennent la totalité du capital. Une des collectivités territoriales ou un des groupements de collectivités territoriales participant à une société publique locale d'aménagement détient au moins la majorité des droits de vote.

Ces sociétés sont compétentes pour réaliser, pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales ou des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres, toute opération d'aménagement au sens du présent code.

Les sociétés publiques locales d'aménagement revêtent la forme de société anonyme régie par le livre II du Code de commerce.

Toutefois, par exception à la deuxième phrase de l'article L.225-1 du même code, elles peuvent être composées de deux actionnaires ou plus.

Les sociétés publiques locales d'aménagement sont soumises aux dispositions du chapitre IV du titre II du livre V de la première partie du Code général des collectivités territoriales.

## Ouvrages


• *Le guide des marchés des Sem actualisé au 1er janvier 2008*, Editions Fédération des Epl

• *Le guide des administrateurs de Sem*, 2008, Editions Fédération des Epl.

• *Optimisez la gestion de votre Sem grâce au code de commerce*, Editions Fédération des Epl, juin 2007

• **DGCL, Ministère de l'Intérieur et de l'aménagement du territoire,** *Le guide des sociétés d'économie mixte locales*, Editions La Documentation française, 2007

• **Jean-Claude Michel**, *Vade-mecum du créateur de Sem*, Editions Moniteur, 2005

• **Dominique Deporcq, Pierre Géraud, Justin Paisley, Marc Poignet,** *Code pratique des sociétés d'économie mixte locales*, 336 p., Berger-Levrault, coll. Les Codes, déc. 2003

• **Bruno Carlier,** *Maîtriser les enjeux et les risques des Sem locales*, 262 p., La lettre du cadre territorial, Collection Dossier d'experts, juillet 2003

• **Guy Durand,** *Les sociétés d'économie mixte locales*, éd. Berger-Levrault, 2002 (2ème éd.), 357 p.

• **Marie-Yvonne Benjamin,** *Seml guide juridique et pratique*, éd. EFE, 2002, 520 p.

• **Compagnie nationale des commissaires aux comptes,** *Les contrôles dans les sociétés d'économie mixte locales, éd. CNCC*, Coll. Guide de contrôle des commissaires aux comptes, 410 p., juillet 2000

• **Paul Lignières,** *Le choix du partenariat public privé : établir une structure d'économie mixte in "Partenariats publics privés"*, p. 75-100, éd. Litec, 2000

• **Michel Guibal ; Lucien Rapp,** *Les sociétés d'économie mixtes locales : Généralités, Fonctionnement des Seml, Contrats des Seml, Constitution des Seml in : "Contrats des collectivités locales"*, p. 59-91, Françis Lefebvre, 1995

• **Claude Deves, Jean-François Bizet,** *Les sociétés d'économie mixte locales*, éd. Economica, 1991, 299 p.

• **Jean-Claude Michel,** *Les sociétés d'économie mixte locales*, éd. LGDJ, Paris 1990, 218 p.

• **Marie-Thérèse Sur, Claude Grange, Marie-Anne Renaux,** *Les sociétés d'économie mixte locales*, éd. du Moniteur, 1990, 278 p.

# La boîte à outils

## du dirigeant de Sem

La Fédération des Entreprises publiques locales met à la disposition des dirigeants de Sem, actuels et futurs, un ensemble de services et de produits de management destiné renforcer leur potentiel :

• **Une école de management des dirigeants d'Epl, Epl Management (Eplm)**, développée en partenariat avec HEC. Elle est destinée à former les futurs responsables de Sem et de Sociétés publiques locales ou renforcer les compétences des dirigeants déjà en fonction au travers d'un cycle long, composé de 6 modules de 3 jours, et des cycles de perfectionnement, un module sur 3 jours.

• **L'université des présidents d'Epl** propose aux présidents et administrateurs de Sem et de Spl **un cycle de conférences sur 2 jours**, également développé par HEC. Des conférences tournées vers le management, le marketing, la géopolitique et le développement de l'efficacité individuelle et collective pour mieux investir le rôle de dirigeant d'Epl.

• **Un institut des administrateurs, l'Idasem**, permettant aux mandataires des collectivités locales de mieux appréhender leur rôle dans les Sem ainsi que l'environnement de ces dernières.

• **Des rencontres de formation** livrant l'analyse de la Fédération sur l'actualité juridique et opérationnelle des Sem et des Spl.

• **Des éditions généralistes et spécialisées** afin d'enrichir vos connaissances sur le fonctionnement et l'univers des Epl

• **Un congrès national organisé chaque année** dans une grande capitale régionale. Il fournit une occasion unique d'échanger avec l'ensemble du réseau des 1 094 Epl. Une mine de contacts et l'assurance de contribuer aux orientations stratégiques de notre mouvement.

• **Pour plus d'informations sur les Sem et les Spl ainsi que leur actualité : www.lesepl.fr**

• **Pour nous contacter : 01 53 32 22 00 et contact@lesepl.fr**

# Index alphabétique

# A



# B



# C

# D

# F



# G



# I



# L



# M



# O

# P



# R



# S

Édité par La Fédération des Epl
Achevé d'imprimer en septembre 2009.




Fédération des Entreprises publiques locales
46, rue Notre-Dame des Victoires 75002 Paris
Tél. : 01 53 32 22 00 - Fax : 01 53 32 22 22
www.lesepl.fr

# L'essentiel sur les Sem.

Pourquoi et comment créer une Société d'économie mixte ?
Comment s'organise la vie sociale d'une Sem ? Quelles doivent être ses relations financières avec les collectivités territoriales ? Quelles sont ses obligations de communication ainsi que les contrôles qui s'exercent sur elle ?

Dans cet ouvrage concis et pratique, les élus locaux, actuels ou futurs administrateurs de Sem, trouveront des réponses claires aux questions qu'ils se posent sur l'économie mixte.

Par sa grande clarté, ce guide apporte une mine de précisions utiles au quotidien des directeurs de Sem et des directeurs généraux de collectivités territoriales.

Edité par la Fédération des Entreprises publiques locales (FedEpl),
avec l'active contribution de la Caisse des dépôts.